

Die Problematik der faktischen Gesellschaft im französischen und deutschen Recht

Ein Beitrag zur Rechtsharmonisierung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der Juristischen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

FRIEDRICH E. STADLER

Rechtsreferendar in München

Berlin 196³~~2~~

Die Problematik der faktischen Gesellschaft
im französischen und deutschen Recht.
Ein Beitrag zur Rechtsharmonisierung.

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt

von

Friedrich E. Stadler
Rechtsreferendar in München
Berlin 1962



Erstgutachter: Prof.Dr.iur.Ernst E. Hirsch

Zweitgutachter: Prof.Dr.iur.Dr.rer.pol.W.Wengler

Tag der mündlichen Prüfung: 2.März 1963

LITERATURVERZEICHNIS

I. Frankreich - Belgien - Italien

1. Lehrbücher und Monographien

- | | |
|--|--|
| Aubry, Charles et Rau, Charles
par Esmein, Paul | Droit civil français, Bd.6,
6.Aufl., Paris 1951 |
| Arthuys, François | Traité des sociétés commerciales
2 Bände, 3.Aufl., Paris 1916 - 1917 |
| Batardon, Léon et
Delaisi, Pierre | Traité pratique des sociétés
commerciales, 11.Aufl., Paris 1961 |
| Baudry-Lacantinerie, Gabriel
et Wahl, Albert | Traité théorique et pratique de
droit civil, Bd.23, 3.Aufl., Paris
1907 |
| Beudant, Charles et Lerebours-
Pigeonnière, Paul, par Rodière,
René et Percerou, André | Cours de droit civil français,
12.Band, Paris 1947 |
| Boistel, Alphonse | Cours de droit commercial,
4.Aufl., Paris 1890 |
| Bonnecarrère, Philippe et
Laborde-Lacoste, Marcel | Précis élémentaire de droit
commercial, 3.Aufl., Paris 1951 |
| Bravard-Veyrières, Pierre-
Claude-Jean-Baptiste; par
Bravard-Veyrières, M.; publié
par Demangeat, Ch. | Traité de droit commercial,
2.Aufl., Paris 1888 |
| Calais-Auloy, Jean | Essai sur la notion d'apparence
en droit commercial, Paris 1959 |
| Colin, Ambroise et Capitant,
Henri, par Julliot de la
Morandière, Léon | Cours élémentaire de droit civil
français, 10.Aufl., Paris 1950 |
| Copper-Royer, Edouard | Traité théorique et pratique
des sociétés anonymes, 5 Bände,
4.Aufl., Paris 1931 |
| Dalloz | Répertoire de droit civil,
5 Bände, Paris 1951-1955 |
| Dalloz | Nouveau Répertoire de Droit,
5 Bände, Paris 1947-1950,
Mise à jour 1952 |
| Dalloz | Répertoire de droit commercial,
3 Bände, 3. Band "Sociétés", Paris
1958, Mise à jour 1959 und 1960 |
| Delangle, Claude-Alphonse | Des sociétés commerciales,
Paris 1843 |

- Dolbeau, André Liquidation des sociétés: Manuel-formulaire à l'usage des liquidateurs amiables ou désignés par les tribunaux, 2. Aufl., Paris 1925
- Escarra, Jean Cours de droit commercial, 2. Aufl., Paris 1952
- Escarra, Jean; Escarra, Edouard et Rault, Jean Traité théorique et pratique de droit commercial, 1. Band: Les sociétés commerciales, Paris 1950
- Guillery, Jules Des sociétés commerciales en Belgique, 3 Bände, 2. Aufl., Brüssel 1875-1883
- Hamel, Joseph et Lagarde, Gaston Traité de droit commercial, 1. Band, Paris 1954
- Hémar, Joseph (zit. "Hémar") Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 2. Aufl., Paris 1926
- Houpin, Charles et Bosvieux, Henry Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 3 Bände, 7. Aufl., Paris 1935-1937
- Julliot de la Morandière, Léon; Rodière, René et Houin, Roger Traité de droit commercial, 1. Band, Paris 1959
- Lacour, Léon et Bouteron, Jacques Précis de droit commercial, 2 Bände, 3. Aufl., Paris 1925, Suppl. 1929 u. 1933
- Lyon-Caen, Charles et Renault, Louis; unter Mitwirkung v. Amiaud, André Traité de droit commercial, Band I und II "Sociétés", 5. Aufl. Paris 1921 - 1925, Neudruck 1926-1929
- Malepeyre, Léopold et Jourdain, Charles-Félicité Traité des sociétés commerciales, Paris 1833
- Mazeaud, Henri et Mazeaud, Léon, unter Mitw. v. Mazeaud, Jean Leçons de droit civil, 1. Band, 2. Aufl., Paris 1959
- Moliérac, Jean Manuel des sociétés, 1. Band, Paris 1956
- Molinier, Joseph-Victor Traité de droit commercial, 1. Band, Paris 1846
- Moreau, André Associations en participation et sociétés de fait, Paris 1958
- Mossa, Lorenzo Trattato del nuovo diritto commerciale, 2 Bände, Mailand 1951
- Nyssens, Albert et Traité des sociétés commerciales, 1. Band, Brüssel und Paris 1895
- De Page, Henri Traité élémentaire de droit civil belge, 5. Band, Brüssel 1952
- Pardessus, Jean-Marie Cours de droit commercial, 5. Aufl. Paris 1841; 6. Aufl. von Eugène de Rozière, Paris 1856/57
- Pic, Paul Des sociétés commerciales, 3 Bände, Paris 1925-1926

- Pic, Paul et Kreher, Jean
Traité théorique et pratique de droit commercial, 3 Bände, 1. Band: Des sociétés commerciales, 3. Aufl., 1940; 2. Band, 3. Aufl., 1948, Paris
- Planiol, Marcel et Ripert, Georges; par Lepargneur, Jean; Rouast, André; Savatier, René et Besson, André
Traité pratique de droit civil français, 11. Band, 2. Aufl., Paris 1954
- Pont, Paul
Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales, 2. Aufl., Paris 1884
- Ripert, Georges; Durand, Paul et Roblot, René
Traité élémentaire de droit commercial, 3 Bände, 3. Aufl., Paris 1954 (von Ripert allein); 4. Aufl., Paris 1959-1961
- Ripert, Georges et Boulanger, Jean
Traité de droit civil, 4 Bände, Paris 1956-1959
- Thaller, Edmond et Percerou, Jean
Traité élémentaire du droit commercial, 2 Bände, 8. Aufl., Paris 1931-1936
- Travaux
Travaux de la commission de réforme du code de commerce et du droit des sociétés, veröffentlicht ab 1950, bisher 9 Bände; 2. Band 1951, Paris
- Vavasseur, Auguste
Traité des sociétés civiles et commerciales, 6. Aufl. 1910, 7. Aufl. Paris 1931
2. Aufsätze
- Grisoli, Angelo
"Les sociétés irrégulières et les sociétés de fait dans le droit positif italien" in "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", Bd. XI, 1957, (veröffl. Paris 1960), S. 182 ff.
- Guérin, Georges
"Vers la validité de la société entre époux", D. 1950, Chron. 25
- Hémar, Jean
"Le nouveau régime des sociétés entre époux", D. 1959, Chron. 27
- Hémar, Jean
(zit. "Jean Hémar")
"Les sociétés de fait en droit français" in "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", Bd. XI, 1957, (veröffl. Paris 1960), S. 131 ff.
- Houin, Roger
"L'association en participation comme société de fait", in Rev. de dr. com. 1959, S. 923

Houin, Roger	"Les situations de fait et le droit" in Rev.intdr.comp.1958, S.81 ff.
Lagarde, Gaston	"Sociétés de concubins" in Rev.trimest. 1950,S.45 ff.(im Rahmen der Reihe: "Jurisprudence française en matière civile; Personnes et droits de famille).
Mazeuad, Léon	"La liquidation des sociétés entre époux" in Rev.crit. 1928,S.291
Van Ommeslaghe,Pierre	"Les sociétés de fait en droit belge" in "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française",Bd.XI, 1957,(veröffl.Paris 1960),S.158 ff.
Savatier, René	"Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui; structures matérielles et structures juridiques" in "Le droit privé français au milieu du XX ^e siècle", Etudes Ripert, 1950, Band I, S.75 ff.
Vasseur, Michel	"A propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954" in Rev.trim.dr.com. 1955,S.219 ff.
Vasseur, Michel	"Le problème des sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958", in Rev.trim.dr.com.1959,S.835 ff.

3. Entscheidungssammlungen, Zeitschriften und Abkürzungen

Bull.cass.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation en matière civile, Paris
Bull.cass.com.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation en matière commerciale, Paris
Civ.	Entscheidungen der Cour de Cassation, Chambre civile
C.civ.	Code civil (z.B.Petits Codes Dalloz)
C.com.	Code de Commerce (z.B.Petits Codes Dalloz)
Com.	Entscheidungen der Cour de Cassation, Chambre civile, Section commerciale
D.	Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
D.H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
J.C.P.	Jurisclassseur périodique et Semaine juridique (Verlag Sirey Paris)
J.D.I.P.	Journal de droit international privé

Journ.not.	Journal des notaires
J.S.	Journal des sociétés civiles et commerciales
J.Soc.	Journal des sociétés
J.T.C.	Journal des tribunaux de commerce
Req.	Entscheidungen der Cour de Cassation, Chambre des requêtes
Rép.Civ.	Dalloz, Répertoire de droit civil
Nouv.Rép.	Dalloz, Nouveau Répertoire de droit
Rép.Com.	Dalloz, Répertoire de droit commercial et des sociétés, 3.Band:"Sociétés"
Rev.Soc.....	Revue des sociétés
Rev.de dr.com.	Revue de droit commercial
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev.trim.dr.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts
S.chron.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts; collection nouvelle par ordre chronologique, 1791-1859.(Zitate ohne weitere Angaben,da die Entsch. nur nach Datum geordnet sind).

Die jeweils nach dem Datum des Inkrafttretens bezeichneten französischen Gesetze sind im Journal Officiel aufzufinden.

4. Französische Fachausdrücke, für die im Text der Arbeit
die entsprechenden deutschen Ausdrücke gewählt wurden.

acte notarié (p.B.contrat)	Vertragsschluß in notarieller Form
acte sous signature privée	privatschriftliche Form (z.B. eines Vertrages)
acte sous seing privé	privatschriftliche Form (z.B. eines Vertrages)
baillieur de fonds	stiller Gesellschafter
capacité de contracter	Geschäftsfähigkeit
capacité de disposer	Verfügungsfähigkeit
cause illicite	gesetzwidrige Rechtsgrundlage
cause immorale	sittenwidrige Rechtsgrundlage
arrêt	Urteil eines Obergerichts
clause léonine	leoninische Klausel
commerçant	Kaufmann

conseil d'administration	Verwaltungsrat (z.B. einer AG)
cour de cassation	Kassationshof
chambre civile de la cour de cassation	Zivilsenat des Kassationshofs
cour de cassation, chambre civile, section commerciale	Zivilsenat des Kassationshofs, Abteilung für Handelssachen
cour de cassation, chambre des requêtes	ursprünglich Senat des Kassations- hofs zur Voruntersuchung, der aber später selbst in Zivil- und Handels- sachen entscheiden konnte (seit 1947 aufgelöst)
créancier chirographaire	einfacher Gläubiger (mit privat- schriftlichem Titel, ohne Sicherheiten)
créancier privilégié	Gläubiger, der durch besondere Rechte auf vorzugsweise Befriedigung gesichert ist (z.B. durch einen Pfandvertrag;nantissement)
décret	Verordnung: Regierungsverordnung, die von der Regierung in eigener Kompetenz erlassen wird
décret ministériel	Verordnung eines Ministeriums in eigener Zuständigkeit
décret-loi	Verordnung: Regierungsverordnung, die von der Regierung auf besondere Ermächtigung des Parlaments hin erlassen wird
doctrine	Lehre, Schrifttum
dol	arglistige Täuschung
droit commun	"gemeines Recht": allgemeine Rechts- vorschriften des C.com., bzw. C.civ.
droit de préférence	Recht auf vorzugsweise Befriedigung
écrit	Schriftform eines Rechtsgeschäfts
fondateurs(s)	Gründer (z.B. einer Gesellschaft)
fondateurs-administrateurs	Gründungs- und Verwaltungsratsmit- glieder einer Kapitalgesellschaft
fonds social oder fonds de commerce	Geschäftsvermögen (eines Unter- nehmens)
fraude à la loi	Gesetzesumgehung
droit de gage	Pfandrecht
greffe du tribunal de commerce	Geschäftsstelle des Handelsgerichts
l'incapable	der Geschäftsunfähige
indivision par fractions	Gemeinschaft nach Bruchteilen
inexistence	Inexistenz

inopposabilité aux tiers	ein Sachverhalt, der Dritten nicht entgegengehalten werden kann
jugement	Urteil (im allgemeinen Sinn, insbes. eines Gerichts unterster Instanz; "arrêt" bei Obergerichten)
jurisprudence	Rechtsprechung
journal d'annonces légales	gesetzliches Anzeigenblatt
greffe du tribunal de commerce	Geschäftsstelle des Handelsgerichts; besitzt besondere Abteilungen: z.B. Archiv zur Aufbewahrung hinterlegter Gesellschaftsverträge
loi	Gesetz
nantissement	Pfandvertrag
négoçiant	Kaufmann
nullité absolue	absolute Nichtigkeit
nullité relative oder annulabilité	Anfechtbarkeit, relative Nichtigkeit
loi d'ordre public	ein Gesetz ist d'ordre public, d.h. zwingend, wenn durch seine Nichtbeachtung ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck anderer Rechtsnormen eintreten würde (vgl. dazu z.B. Art. 6 C.civ.), oder wenn es öffentliche Angelegenheiten betrifft (z.B. Steuergesetze). Es handelt sich also um ein Gesetz, das nur zwingendes, d.h. keiner Parteidisposition unterliegendes Recht enthält.
ordonnance	Verordnung, die nur durch den "Chef de l'Etat", den Präsidenten der Republik erlassen werden darf.
office ministériel	staatlich verliehenes Amt (z.B. Notariat)
pacte léonin	Vertrag unter Einschluß einer leoninischen Klausel über die Gewinn- und Verlustbeteiligung in der Gesellschaft
papier timbre	Stempelpapier (Vorschrift z.B. für hinterlegungspflichtige Verträge)
prescription	im hier gebrauchten Zusammenhang: Verjährung (Artt. 2260 ff. C.civ.), sonst auch Ersitzung (i.S.v. Artt. 2219 ff. C.civ.)
privillège	Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach Artt. 2092 ff. C.civ.
registre de commerce	Handelsregister
régularisation	Heilung von Mängeln (z.B. eines Gesellschaftsvertrags)

société	Gesellschaft
société anonyme oder société par actions	Aktiengesellschaft
société à responsa- bilité limitée	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
société civile	Gesellschaft des Zivilrechts (nach Artt.1832 ff. C.civ.)
société commerciale	Handelsgesellschaft
société créée de fait	faktisch gegründete Gesellschaft
société de fait	faktische Gesellschaft
société irrégulière	irreguläre, fehlerhafte Gesellschaft
société en commandite	Kommanditgesellschaft
société en nom collectif	offene Handelsgesellschaft
société occulte	Anscheinsgesellschaft (eine im Grunde inexistente, nur kraft Rechtsscheins bestehende Gesellschaft)
union libre	Konkubinat
vice du consentement	Willensmangel

II. Deutschland

1. Lehrbücher, Monographien und Kommentare

Baudouin-Bugnet, Pierre	Das Recht der französischen Aktiengesellschaften, Band IV der Reihe "Ausländische Aktiengesetze", herausgegeben v.d.Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 1959
Baumbach - Duden	Handelsgesetzbuch, 14.Aufl.1961
Baumbach - Hueck	Aktiengesetz, 11.Aufl.1961
Baumbach - Hueck	GmbH-Gesetz, 10.Aufl.1962
Beitzke, Günther	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948
von Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 1862
Enneccerus - Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearb.1958
Erman, Walter	Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947
Gadow - Heinichen	Aktiengesetz, 1.Band, 2.Aufl. 1961
Geßler - Hefermehl	Handelsgesetzbuch, (begründet von Schlegelberger) 1.Band, 3.Aufl.1955
Gierke, Julius von	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl.1958
Gierke, Otto	Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889
Godin, von - Wilhelmi	Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Aufl.1950
Hachenburg - Schilling	Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 6.Aufl. 1956/59
Haupt, Günter	Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943
Haupt, Günter	Gesellschaftsrecht, 3.Aufl.1944; 4.Aufl. 1952, bearb.v.Reinhardt, Rudolf
Hueck, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2.Aufl.1951
Kapferer - Sieg, bearb.v. Georg Dietz, Ludwig Söldner und Frédéric Chartier	Französisches Handels- und Verfahrensrecht für die Wirtschaftspraxis, 1959
Koenigs, Folkmar	Die stille Gesellschaft, 1961
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Band, 2.Aufl.1957
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht, 2.Aufl.1959

Russ, Wolfgang	Die faktische Gesellschaft in der französischen Rechtsprechung, Dissertation Freiburg 1957
Schlegelberger, Franz	Handelsgesetzbuch, Bd.II, 3.Aufl. 1955, bearbeitet von Ernst Geßler
Schlegelberger - Quassowski	Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl. 1939
Schumann, Hans	Handelsrecht, 2 Bände, 1954
Siebert, Wolfgang	Faktische Vertragsverhältnisse, Abwandlungen des Privatrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, 1958
Simitis, Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957
Staudinger, J.v.	Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3.Teil, 10.Aufl.1941, bearb.v.Geiler,Karl

2. Aufsätze

Baur, Fritz	Bericht über die Zivilrechtslehrertagung 1957, in JZ 1957,764
Benke, H.	Anmerkung in JZ 1952,307
Buchwald	Personengesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag? in GmbH-Rundschau 1954,145
Duden, Konrad	Anmerkung in JZ 1954,241
Fischer,Robert	Fragen aus dem Recht der GmbH, in JZ 1954,426
Fischer, Robert	Die faktische Gesellschaft, in NJW 1955,849
Fischer, Robert	Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, in NJW 1958,969
Fischer,Robert	Anmerkungen zu BGH in LM Nr.5 und 13 zu §105 HGB; Nr.1 zu §133 HGB; Nr.4 zu §335 HGB; Nr.3 zu §11 GmbHG und Nr.3 zu §1822 Ziff.3 BGB
Ganssmüller,Helmut	Die Nebenleistungsgesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage, in GmbH-Rundschau 1955,172
Habscheid,Walther J.	Bericht über die Zivilrechtslehrertagung 1957, in AcP 157(1958/59)100
Hueck, Alfred	Mängel des Gesellschaftsvertrags bei der offenen Handelsgesellschaft, in AcP 149(1944)1
Lehmann, Heinrich	Faktische Vertragsverhältnisse, in NJW 1958,1

Russ, Wolfgang	Faktische Gesellschaft, Anerkennung auch ohne nichtigen "Gesellschaftsvertrag", in BB 1958,645
Ruth, Rudolf	Besprechung von Lobedanz: Einfluß von Willensmängeln, in AcP 146(1941)306
Schmidt-Rimpler, Walter	Besprechung von Schumann: Handelsrecht, in AcP 155(1956)158
Schumann, Hans	Faktische Personengesellschaft und Feststellungsklage, in DR 1943,265
Schumann, Hans	Die Lebensverhältnisse der faktischen Personengesellschaft, in DR 1943,1193
Siebert, Wolfgang	BGB-System und völkische Ordnung, in Deutsche Rechtswissenschaft, 1936,228
Siebert, Wolfgang	Zur atypischen stillen Gesellschaft, in NJW 1953,806
Siebert, Wolfgang	Die "faktische" Gesellschaft, in Festschrift für Hedemann, 1938, S.266 ff.
Siebert, Wolfgang	Anmerkung in MDR 1952,287
Siebert, Wolfgang	Die faktische Innengesellschaft, in BB 1958,1065
Wolff, H.	Die faktische Gesellschaft, in MDR 1952,535

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
A. Vorbemerkung: Die Aufgabe	1
B. Die faktische Gesellschaft im französischen Recht	6
Erster Abschnitt: Die Entstehung der "société de fait"	
I. Die konstituierenden Elemente einer Gesellschaft	6
II. Mängel der konstituierenden Elemente der Gesellschaft als Nichtigkeitsgründe bei den einzelnen Vertragstypen	10
Vorbemerkung	
1. Die Formvorschriften	12
2. Die Einlageleistungspflicht zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Vermögens	17
3. Die Beteiligung aller Gesellschafter an Gewinn und Verlust	18
4. Die Konkubinatsgesellschaft und die "affectio societatis"	20
5. Die Gesellschaft zwischen Ehegatten	23
6. Die stille Gesellschaft	27
7. Der mit Willensmängeln behaftete Gesellschaftsvertrag und die Interessen schutzwürdiger Vertragspartner	31
a) Die Kaufmannseigenschaft	31
b) Folgen einer fehlerhaften Beteiligung	34
c) Folgen der unter Willensmängeln erfolgten Beteiligung	34
III. Weitere Entstehungsmöglichkeiten einer "société de fait"	35
1. Das Weiterbestehen eines befristeten Gesellschaftsverhältnisses	35
2. Nicht als Gesellschaftsverträge qualifizierte andere Verträge	37
3. Berufsvereinigungen als faktische Gesellschaften	39
IV. Die Theorien von der "société de fait"	41
1. Die Problematik der "société de fait"	41
a) Die rechtliche Behandlung der "société de fait" seit dem Inkrafttreten der napoleonischen Kodifikationen	42
b) Anzeichen für eine veränderte Bedeutung der "société de fait" in der heutigen Rechtslehre	43

	Seite
2. Die Theorie der "nullité-dissolution"	46
3. Die erweiterte Theorie der "société de fait"	48
a) Der Anwendungsbereich der Theorie	48
aa) Die "société de fait"	48
bb) Die "société créée de fait"	49
b) Die Durchführung der Theorie	53
Zweiter Abschnitt: Die Behandlung der "société de fait"	56
I. Die Behandlung im Innenverhältnis	56
1. Die Bedeutung des Gesellschaftsvertrags	56
a) Die Vorgesellschaft	57
b) Vertragswirkungen in der aufgenommenen Gesellschaft	59
2. Das gesetzliche Liquidationsverfahren	61
3. Die Liquidation nach billigem Ermessen des Gerichts	61
4. Die Behandlung einzelner Auseinandersetzungsfragen	62
a) Die Rechtsfähigkeit der "société de fait"	62
b) Aktiv- und Passivlegitimation von Gesellschaftern und Gesellschaft	64
c) Die vertragliche Schiedsgerichtsklausel	67
d) Der Ausgleich von Gewinn und Verlust	68
e) Ungesetzlicher oder sittenwidriger Vertragsinhalt	69
f) Die Behandlung der Gesellschaftseinlagen schutzwürdiger Vertragspartner bei Willensmängeln und fehlender Kaufmannseigenschaft	70
g) Die Übertragung von Anteilen am Gesellschaftsvermögen vor Nichtigerklärung der Gesellschaft	71
II. Die Behandlung im Außenverhältnis	74
1. Die Gesellschaft und ihre Gläubiger	74
a) Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger nach der Nullité-dissolution-Theorie	74
b) Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger nach der erweiterten Société-de-fait-Theorie	75
c) Der Konflikt zwischen den Gesellschaftsgläubigern	77
d) Die Folgen der Anwendung der erweiterten Société-de-fait-Theorie	78
2. Die Gesellschaft und die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter	82
a) "Einfache" und "privilegierte" Gläubiger	82
b) Die Befriedigungsmöglichkeiten der Privatgläubiger der Gesellschafter nach den beiden Theorien über die "société de fait"	84
3. Der Konflikt zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter	87
a) Die Lösungsversuche der Vertreter der erweiterten Société-de-fait-Theorie und der Rechtsprechung	87
b) Die konstruktive Kritik der Anhänger der Nullité-dissolution-Theorie	94

	Seite
C. Die faktische Gesellschaft im deutschen Recht. Sinn und Grenzen einer Harmonisierung mit der "société de fait".	100
Erster Abschnitt: Die Entstehung der faktischen Gesellschaft	100
I. Die Entwicklung des Gedankens der faktischen Gesell- schaft in Deutschland	100
II. Die konstituierenden Elemente einer Gesellschaft im deutschen Recht im Unterschied zum französischen Recht	103
III. Die fehlerhafte Gesellschaft und ihre Behandlung	107
1. Mindestanforderungen zur Anerkennung als Gesellschaft	107
a) Die Invollzugsetzung der Gesellschaft	108
b) Mindestanforderungen beim Vertragsschluß	109
2. Die Lehrmeinungen zur faktischen Gesellschaft	112
3. Die Vorgesellschaft	117
4. Die typische und atypische stille Gesellschaft	122
5. Die Verletzung von Formvorschriften	128
6. Die Verletzung von Verbotsgesetzen und die Mißachtung der guten Sitten	130
7. Der mit Willensmängeln behaftete Gesellschaftsvertrag und die Interessen schutzwürdiger Vertragspartner	134
a) Arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung, Wucher und sittenwidrige Übervorteilung	134
b) Minderjährige oder geschäftsunfähige Gesellschafter	139
Zweiter Abschnitt: Die Beendigung der faktischen Gesell- schaft	144
I. Die Auflösung der faktischen Gesellschaft	144
II. Die Liquidation der faktischen Gesellschaft	150
D. E r g e b n i s	155
I. Die Theorien im deutschen und im französischen Recht	155
II. Der Standpunkt der französischen sowie der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu Einzelfragen	158
1. Grundforderungen zur Anerkennung einer "société de fait" oder einer faktischen Gesellschaft	158
2. Die Vorgesellschaft	159
3. Die stille Gesellschaft	161
4. Die Behandlung von Formmängeln	162
5. Die Verletzung von Verbotsgesetzen und die Mißachtung der guten Sitten	163
6. Die Behandlung von Willensmängeln	165
7. Die Beendigung der "société de fait" und der fakti- schen Gesellschaft	168

A. Vorbemerkung

Die Aufgabe

Im Wirtschaftsleben treten hin und wieder Gesellschaften auf, die bereits seit mehr oder weniger langer Zeit ihre Tätigkeit aufgenommen haben, die jedoch mit irgendeinem Nichtigkeitsgrund behaftet sind. Die Gesellschaft kann bei ihrer Gründung, bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags oder während ihres Bestehens entweder gegen Formvorschriften, zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen haben, oder es wurde einer der Gesellschafter beim Vertragsschluß getäuscht, genötigt oder er konnte wegen Geschäftsunfähigkeit überhaupt nicht Gesellschafter sein. Nach dem Grundsatz "quod nullum est, nullum producit effectum", der für Errichtungsmängel in Frankreich bereits in der Verordnung über den Handel von 1673 niedergelegt war, würden diese und noch manche andere Gründe zur ex tunc-Nichtigkeit der Gesellschaft führen. Alle ihre bisherigen Handlungen und Tätigkeiten würden somit die Rechtswirksamkeit verlieren. Aus dieser Situation würden sich für Dritte, z.B. die mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehungen stehenden Wirtschaftskreise, grob unbillige Folgen ergeben. Neben der untragbaren Rechtsunsicherheit für den gesamten Geschäftsverkehr des Unternehmens würden durch die Nichtigkeitsfolgen Dritte in unvertretbarer Weise geschädigt. Die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Wirtschaftskreise, d.h. das Verkehrsinteresse im Wirtschaftsleben und der Vertrauensschutz Dritter, nicht zuletzt schließlich die wirtschafts- und sozialpolitische Bedeutung des Unternehmens selbst lassen es berechtigt erscheinen, daß die Gesellschaft, die bereits Gläubiger und Schuldner geworden ist, Gewinn erzielt oder Verluste erlitten hat,

rechtlich in einer Art und Weise gewürdigt wird, welche die Folgen einer rückwirkenden Nichtigkeit ausschließt oder mindestens mildert

Hier liegen zwei Interessen in Widerstreit: einerseits die Notwendigkeit, gewisse Formprinzipien des Gesellschaftsrechts und andere Rechtsgrundsätze einzuhalten und andererseits die genannten Interessen der Volkswirtschaft, der beteiligten Unternehmen und der von der Gesellschaft abhängigen Personen zu schützen.

In Frankreich gab es bereits zu Zeiten der Verordnung über den Handel von 1673 Gerichtsentscheidungen und anerkannte Autoren, welche sich gegen die rückwirkende Nichtigkeit und für eine förmliche Liquidation derartiger Gesellschaften einsetzten.¹⁾

Auf der Suche nach Lösungsmöglichkeiten für die Konfliktsituation wurden kurz nach dem Inkrafttreten der napoleonischen Kodifikationen entgegen der Regelung des Code Civil und des Code de Commerce, die nach allgemeinen Grundsätzen Nichtigkeit vorsehen und auf die Problematik selbst nicht eingehen, von Lehre und Rechtsprechung erste Gedanken zu einer Theorie über die zwar nicht rechtlich, jedoch tatsächlich bestehende Gesellschaft, die "société de fait", also die "faktische Gesellschaft" entwickelt, die später weiter verfolgt wurden und schließlich zu weitgehend unterschiedlichen Auffassungen sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung führten. Bereits in einem Urteil vom 2. Juli 1817²⁾ erkannte der Kassationshof die Notwendigkeit der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei einer in Vollzug gesetzten fehlerhaften Gesellschaft an. Den Ausdruck "société de fait" gebrauchte zum ersten Mal die "Cour de Paris" in ihrem Urteil vom 8. April 1825.³⁾

1) Vgl. die Nachweise bei Jean Hémar, S. 130.

2) Vgl. in S. chron. unter diesem Datum.

3) Vgl. in S. chron. unter diesem Datum. Vgl. ferner zur frühen Rechtsprechung der Cour de cassation Civ. 31. 12. 1844, S. 1845. 1. 10; Civ. 13. 2. 1855, D. 1855. 1. 308; Civ. 193. 1862, D. 1862. 1. 407; sowie Rouen, 10. 12. 1839, S. 1840. 2. 118; Paris 19. 8. 1851, S. 1852. 2. 209; und zum frühen Schrifttum: Delangle, Bd. II, Nr. 540 ff.; ./.

Bei der nur faktisch vorhandenen Gesellschaft handelt es sich um ein rechtlich fehlerhaftes oder mangelhaftes, irreguläres Gebilde. Man kann daher anstelle des üblichen Ausdrucks "faktische Gesellschaft" auch von der "fehlerhaften Gesellschaft" sprechen. Das ist z.B. in einheitlicher Form in Italien der Fall, wo man in der gegebenen Situation von der "società irregolare" (und nur gelegentlich von der "società di fatto") spricht.

Während man sich in Belgien und Italien ebenfalls etwa seit Ausgang des vergangenen Jahrhunderts mit der Problematik der fehlerhaften Gesellschaft auseinandersetzt,¹⁾ wurde sie - obwohl bereits bei der Nürnberger Konferenz 1857/60 über die Schaffung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs erkannt und erörtert²⁾ - im deutschen Schrifttum im wesentlichen erst seit 1936³⁾ und in der Rechtsprechung erst ab 1940⁴⁾ gewürdigt.

Forts.v.Anm.3/S.2:

und Malepeyre et Jourdain (Paris 1833), S.273 ff. Letztere gingen sogar schon so weit, die "société de fait" neben anderen Handelsgesellschaften als gleichwertig zu behandeln und die Gesellschaften einzuteilen in OHG, KG, AG, stille und faktische Gesellschaft.

- 1) Z.B. Guillery, Brüssel 1882 und Cass.Turin v.7.3.1884, J.D.I.P. 1885, 471.
- 2) Vgl. von Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers, ADHGB, 1862, S.31, wo von einem Vertreter des Handelsstandes zur Problematik der faktischen Gesellschaft ausgeführt wird: "...Die Gewalt der Thatsachen nöthigt ... dazu, diese bloß faktische Gemeinschaft für die Vergangenheit nach den Bedingungen und Bestimmungen des intendierten und nur formell ungültigen Gesellschaftsvertrags zu beurtheilen ...".
- 3) Vgl. Siebert, "BGB-System und völkische Ordnung" in Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S.243 und "Die faktische Gesellschaft" in der Festschrift für Hedemann, 1938, S.266 ff.
- 4) Das Reichsgericht ließ erst ab RGZ 165, 193 den Grundsatz allgemeiner Nichtigkeit fallen, richtungweisend aber bereits RGZ 147, 257 und 148, 226.

Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof, sowie die herrschende Lehre kamen zu der Einsicht, daß das Vorhandensein eines wenn auch rechtlich fehlerhaften, so doch tatsächlich bereits lange bestehenden Unternehmens nicht einfach gelehnet werden kann, sondern daß den faktischen Verhältnissen zwischen den Gesellschaftern und zwischen der Gesellschaft und Dritten Rechnung getragen werden muß. Im deutschen Recht betrifft das Problem in erster Linie die Personalgesellschaften, da der Gesetzgeber für die Kapitalgesellschaften in den Vorschriften der §§ 218 Abs.II AktG und 77 Abs.II GmbHG für die wesentlichen Grundfragen eine Regelung getroffen hat. Je nach der Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts gehen im einzelnen die Probleme in den verschiedenen Ländern auseinander. So kennt das italienische Recht¹⁾ infolge seiner Vorschriften über fehlerhafte Gesellschaften nicht so viele Gründe, die zur faktischen Gesellschaft führen, wie das französische, während im belgischen Recht die Lehre von der "société de fait" ebenso eingehend wie in Frankreich entwickelt wurde, was auf die dort herrschende Formstrenge zurückzuführen ist.²⁾

Aufgabe dieser Arbeit ist es, zunächst an Hand der Verhältnisse in Frankreich darzustellen, aus welchen Gründen es zu einer "société de fait" kommen kann und wie ihre Problematik von der Wissenschaft behandelt wird, ferner welche Lösungsversuche aus der Praxis, insbesondere von der "Cour de cassation" vorliegen.

- 1) Durch Neufassung des Codice civile im Jahre 1942 wurden Vorschriften über die Rechtsverhältnisse fehlerhafter Gesellschaften aufgestellt, vgl.z.B. Artt.2297,2317,1331,2475 Codice civile. Vgl. dazu ausführlich Grisoli,S.182 ff. und Mossa II, S.381 ff. mit weiteren Nachweisen.
- 2) Vgl. Artt.1832 ff. Code civil belge und den IX.Titel, Artt.1 ff. Code de commerce belge, z.B. Art.4 Abs.2, wonach die AG, GmbH und KGaA durch notarielle Urkunden zu errichten sind. Die Verletzung der Vorschrift bewirkt Nichtigkeit. Anders Art.21 des Gesetzes vom 24.7.1867, wonach eine AG in Frankreich auch privatschriftlich gegründet werden kann.Vgl. ferner Van Omme-slaghe, S.158 ff. und De Page,Bd.V,S.46 ff. mit weiteren Nachweisen.

Die Ergebnisse sollen sodann daraufhin untersucht werden, inwieweit sie mit den Problemen und Lösungsversuchen der faktischen Gesellschaft im deutschen Recht übereinstimmen oder von ihnen abweichen. Auf diese Weise soll klargestellt werden, inwiefern auf diesem Teilgebiet des Handels- und Wirtschaftsrechts eine Harmonie bereits besteht oder eine Harmonisierung aussichtsreich erscheint.

B. Die faktische Gesellschaft im französischen Recht

Erster Abschnitt: Die Entstehung der "société de fait"

I. Die konstituierenden Elemente einer Gesellschaft

Zunächst sollen die einzelnen Merkmale aufgezählt werden, die zum rechtswirksamen Entstehen einer Gesellschaft erforderlich sind, gleichgültig ob es sich dabei um eine Zivilgesellschaft oder eine Handelsgesellschaft handelt.¹⁾

Für Handelsgesellschaften gelten die Vorschriften der Artt.18 - 45 C.com., jedoch verweist Art.18 C.com. - soweit es sich um die Gründungsvorgänge handelt - auf das Zivilrecht, d.h. auf die Artt.1832 - 1834 C.civ.²⁾. Gemäß Art.1834 C.civ. ist ein schriftlich abgeschlossener Vertrag erforderlich, wenn das Gesellschaftskapital den Betrag von 50 Neuen Francs übersteigt³⁾, praktisch also

- 1) Vgl. dazu ausführlich für Handelsgesellschaften Batardon et Delaisi, S.22 ff. für die OHG, S.160 ff. für die KG, S.185 ff. für die AG und S.819 ff. für die GmbH; ferner die Zusammenstellung bei Kapferer und Sieg, S.11 ff. und 18 ff.
- 2) Trotz vieler Nebengesetze in den Fragen der einzelnen Gesellschaftsarten ist die eigentliche gesetzliche Grundlage aller Gesellschaften der Code Civil mit den Bestimmungen seines Titels "Der Gesellschaftsvertrag" (Artt.1832-1873), wobei Art.1832 die klassische Definition des für alle Handelsgesellschaften gültigen Grundvertrags gibt. In diesem Zusammenhang sei auf die gute deutsche Übersetzung dieser und anderer im Rahmen der vorliegenden Darstellung zitierten Vorschriften von Gravenstein in "Das Recht der französischen Aktiengesellschaft" von Baudouin-Bugnet, S.43ff. hingewiesen (z.B. C.com.Art.18,19,29-39,47ff., sowie das Gesetz vom 24.Juli 1867 über die Gesellschaften).
- 3) Die im Gesetz genannten Beträge werden nach der Währungsumstellung durch die Verordnung vom 27.12.1958, die am 1.Januar 1960 in Kraft getreten ist, in Neuen Francs angegeben. Die Höhe der Grenzsumme wurde jeweils durch Gesetz festgesetzt: durch Art.1834 C.civ.a.F. auf 150 frs., durch Gesetz vom 21.12.1930 auf 500 frs. und durch Gesetz vom 21.2.1948 auf 5000 frs..

in jedem Fall. Dabei ist unter dem Begriff "schriftlich" nicht dasselbe gemeint, was etwa §126 BGB über die Schriftform aussagt, sondern Art.1341 C.civ. bestimmt, daß die Verträge entweder in notariell beurkundeter oder privatschriftlicher Form zu schließen sind.

Wird die einfache Schriftform gewählt, so sind die Besonderheiten des Art.1325 C.civ. zu beachten, wonach bei gegenseitigen Verträgen die Vereinbarungen in sovielen Originalschriften abgefaßt sein müssen, als Parteien beteiligt sind. Jede dieser Urschriften muß die Zahl der hergestellten Originale angeben.¹⁾

Für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft legt Art.39 C.com. ausdrücklich fest, daß der Vertrag in notarieller Form oder privatschriftlich abzufassen ist. In der Praxis werden Gesellschaftsverträge - wobei es sich meist um Handelsgesellschaften handelt - durch den Notar ausgefertigt.

Theoretisch könnte auch eine Aktiengesellschaft gemäß Art.21 des Gesetzes vom 24.7.1867 privatschriftlich unter Ausfertigung von zwei Originalen gegründet werden, doch wird hier wegen der Bedeutung des Unternehmens immer die notarielle Form gewählt. Die gleiche Alternative ist für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorhanden.²⁾

- 1) Wird der Gesellschaftsvertrag privatschriftlich abgefaßt, so muß das für den Verkehr mit Ämtern und für registrierpflichtige Verträge vorgeschriebene Stempelpapier verwendet werden.
- 2) Das Rechtsinstitut der GmbH wurde in Frankreich erst durch das Gesetz vom 7.März 1925 eingeführt. Vgl. zur hier erörterten Frage Art.4 dieses Gesetzes.

Für Kapital- und Personalhandelsgesellschaften bestehen neben der Schriftform als weitere Formvorschriften die Erfordernisse der Veröffentlichung der Gründung in amtlichen Publikationsorganen¹⁾ und der Hinterlegung zweier Exemplare des Vertrages innerhalb eines Monats nach Errichtung der Gesellschaft in der Geschäftsstelle des Handelsgerichts des Gesellschaftssitzes²⁾, sowie der Eintragung in das Handelsregister³⁾.

- 1) Vgl. Art.56 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Art.1 ff. des Gesetzes vom 9.4.1949.
- 2) Die Veröffentlichungsvorschriften befanden sich zunächst in Artt.42-46 C.com.a.F.. Diese wurden ersetzt durch Artt.55-65 des Gesetzes vom 24.7.1867. Dieses Gesetz wurde durch die Verordnung vom 30.10.1935 abgeändert. Die heute gültige Fassung mit zahlreichen Änderungen einzelner Bestimmungen läuft unter der alten Bezeichnung als Gesetz vom 24.7.1867. Die Veröffentlichungsvorschriften des 4.Titels dieses Gesetzes (Artt.55-65) gelten, wie Art.55 sagt, für jede Handelsgesellschaft, ausgenommen die stille Gesellschaft (vgl.Art.44 Abs.2 C.com.n.F.). Für die GmbH vgl. ferner Artt.12 ff. des Gesetzes vom 7.März 1925 in der Fassung der Verordnung vom 30.10.1935.

Bei der Hinterlegung der Gründungsurkunde einer Aktiengesellschaft sind zusätzlich zwei Ausfertigungen der notariellen Urkunde beizufügen, die die Zeichnung des Grundkapitals und den Anteil des auf die Aktien eingezahlten Betrages feststellt, sowie zwei beglaubigte Exemplare der Zeichnerliste und zwei beglaubigte Abschriften der von der Hauptversammlung gefaßten Beschlüsse in den von Artt.4, 5, 24 und 25 des Gesetzes vom 24.7.1867 vorgesehenen Fällen und der gemäß Artt.4 und 24 des Gesetzes vom 24.7.1867 errichteten Berichte.

Die Hinterlegung der Vertragsexemplare und der etwaigen Zusatzdokumente ist von besonderer Bedeutung, da die Geschäftsstelle des Handelsgerichts nicht der Geschäftsstelle eines deutschen Gerichts entspricht, sondern wesentlich weitere und bedeutendere Befugnisse besitzt.

- 3) Erst durch Gesetz vom 18.März 1919 wurde in Frankreich ein Handelsregister eingeführt. Die heute gültige Fassung befindet sich in Titel IV des C.com., Artt.47-70. Die bedeutendsten Änderungen des Gesetzes vom 18.3.1919 beruhen auf den Verordnungen vom 9.8.1953 und vom 27.12.1958. Außer den örtlichen Handelsregistern befindet sich in Paris beim "Nationalen Institut für industrielles Eigentum" ein Zentralregister für das französische Mutterland, in dem jeder Kaufmann mit Name, Firma und Adresse und einem Hinweis auf das Handelsregister, in dem sich die eigentliche Eintragung befindet, eingetragen ist. Die Eintragung in dieses Zentralregister erfolgt von Amts wegen.

Im Gesellschaftsvertrag muß ferner eine gesetzlich zulässige Regelung über die Pflicht der Gesellschafter zur Leistung von Kapital- oder Sacheinlagen zu Gunsten eines gemeinschaftlichen Vermögens oder über Einlagen in Form von Dienstleistungen getroffen sein. Diese Einlagen müssen im Hinblick auf die Teilung eines zu erwartenden Gewinnes gemacht sein. (Artt.1832,1833 Abs.2 C.civ.).

Über die anteilmäßige Beteiligung der Gesellschafter an Gewinn und Verlust muß ebenfalls eine gesetzlich zulässige Regelung getroffen werden. (Vgl. Artt.1853-1855 C.civ., Fälle unzulässiger Regelung sind dort genannt).

Aus dem Gesellschaftsvertrag muß sich schließlich der Wille aller Beteiligten zur Zusammenarbeit in einer Gesellschaft, d.h. - um mit Siebert zu sprechen - ein "gesellschafterliches Gemeinschaftsverhältnis" ergeben, oder, wie man in der französischen Lehre sagt, die "affectio societatis". Die Gesellschaft hat den gemeinsamen Interessen der Gesellschafter zu dienen (Art.1833 Abs.1 C.civ.).

Allgemein wird ferner vorausgesetzt, daß die Gesellschaft keinen gesetz- oder sittenwidrigen Zweck verfolgt (Art.1833 Abs.1 C.civ.).

Die Gesellschafter müssen endlich die Fähigkeit besitzen, sich rechtswirksam an einer Gesellschaft beteiligen zu können. Dies berührt den Fragenkreis der Geschäftsfähigkeit. Das französische Recht gebraucht für die Geschäftsfähigkeit und die damit zusammenhängenden Fragen den Begriff der "capacité". In diesem Fall versteht man hierunter die Geschäftsfähigkeit und die Verfügungsfähigkeit über das Vermögen. Sie ist problematisch, wenn Minderjährige als Gesellschafter auftreten (Art.2 C.com.) und war früher bei der Ehegattengesellschaft strittig, in deren Rahmen der Ehefrau oft die Fähigkeit abgesprochen wurde, einen Gesell-

schaftsvertrag zu schliessen. Das ist seit dem Gesetz vom 18.2.1938, das der Ehefrau "die volle Ausübung ihrer zivilen Geschäftsfähigkeit" gewährte, (vgl. heute die Neufassung des Art.216 C.civ.) nicht mehr mit guten Gründen zu vertreten. Eine weitere Klärung der Frage zugunsten der Ehefrau brachte die Verordnung vom 19.12.1958¹⁾.

Der Gesellschaftsvertrag darf schließlich nicht mit Willensmängeln behaftet sein. Die Beteiligung an der Gesellschaft darf also nicht durch Täuschung oder Drohung herbeigeführt worden sein.

II. Mängel der konstituierenden Elemente der Gesellschaft als Nichtigkeitsgründe bei den einzelnen Vertragstypen.

Vorbemerkung

Von den wenigen Fällen der Gesellschaften des Zivilrechts (nach Artt.1832 ff C.civ) mit mangelhafter Vertragsgrundlage soll hier abgesehen werden.²⁾ Es interessieren hier in erster Linie fehlerhafte Handelsgesellschaften, die auch in der Praxis am häufigsten auftreten. Auf Zivilgesellschaften wird daher nur bei besonderen Abweichungen der Behandlungsmethode zurückzukommen sein.

Fehlt eines der wesensbestimmenden Elemente einer Gesellschaft, so kann diese von einer bestimmten Nichtigkeitsart betroffen werden. Das französische Recht kennt drei Arten von Nichtigkeit, die sich in ihren Auswirkungen unterscheiden.

Die stärkste Form ist die "Inexistenz" ("inexistence"), d.h. die vollständige Nichtigkeit der Gesellschaft, so als ob sie nie bestanden hätte. Ein

1) Näheres vgl. unten B.1.Abschnitt,II,5 Seite 23ff.

2) Der Mangel liegt dort meist in der fehlenden Schriftform. Beispiele: Architekturbüro (Req.11.3.1931, J.Soc.1931.665) und landwirtschaftliches Unternehmen (Cass.Com.et fin. 11.7.1950, Bull.cass.com. 1950.2.180).

solcher Fall kann eintreten, wenn die Grundvoraussetzungen des Art.1832 C.civ. für die Gründung nicht erfüllt sind (Vertrag, Einlagen und Gewinntheilungsabsicht).

Die zweite Art ist die "absolute Nichtigkeit" ("nullité absolue"). Einem Vertrag, der "absolut nichtig" ist, fehlt zwar jede Rechtswirksamkeit für die Vergangenheit und die Zukunft, jedoch ist die bisherige Aktivität des Betriebs in gewissen Grenzen rechtlich erheblich. Die Nichtigkeit tritt von Gesetzes wegen ein, z.B. wenn die Gesellschaft einen gesetzwidrigen Zweck verfolgt oder auf andere Weise gegen zwingendes Recht verstößt oder die guten Sitten verletzt (z.B. eine Schmugglerbande). Die Gesellschaft ist in solchen Fällen ohne Anfechtung unwirksam.

Die dritte Nichtigkeitsform ist die "relative Nichtigkeit" ("nullité relative" oder "annulabilité"). Ihr Gegenstück im deutschen Recht ist die Anfechtbarkeit. Sie tritt nicht von Gesetzes wegen ein, ihre Geltendmachung steht vielmehr im Ermessen des Anfechtungsberechtigten. Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn der Vertrag mit Willensmängeln behaftet ist. Die vom Berechtigten ausgeübte Anfechtung hat keine Rückwirkung, sie richtet sich nur in die Zukunft, so daß die Rechtsfolgen einer Vertragsauflösung gleichkommen.¹⁾

1) Der Unterscheidung verschiedener Nichtigkeitsstufen im französischen Recht entspricht die Einteilung der fehlerhaften Gesellschaftsbeschlüsse im deutschen Recht: so unterscheidet man zwischen dem "Nichtbeschuß", dem "absolut nichtigen Beschluß" und dem "anfechtbaren Beschluß". Ein anschauliches Beispiel bietet das Recht der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. Liegt gar kein Beschluß der Hauptversammlung vor oder ist der Beschluß von Unberufenen oder außerhalb der Hauptversammlung, etwa durch schriftliche Abstimmung, ergangen, so liegt ein Nicht- oder Scheinbeschuß vor (vgl. Baumbach-Hueck, AktG, Übers. vor § 194, Anm.1C). Die Fälle von ohne Anfechtung unwirksamen, also ex-tunc nichtigen Beschlüssen, zählt § 195 AktG auf. Mangelhafte und daher anfechtbare Beschlüsse nennt § 197 AktG.

Nach dem Grundsatz des französischen Rechts "niemand kann sich selbst Recht schaffen"¹⁾, können die dargestellten Nichtigkeitsarten nur im Wege der Klage geltend gemacht werden. Es handelt sich bei der "Inexistenz" und bei der "absoluten Nichtigkeit" um Nichtigkeitsklagen in der Form von Feststellungsklagen und bei der "Anfechtbarkeit" um eine Auflösungsklage in Form einer Gestaltungsklage. Auf anderem Weg kann kein rechtlich Interessierter zu seinen Gunsten irgendwelche Rechtsfolgen aus der Nichtigkeit der Gesellschaft ableiten.

Zu erwähnen bleibt noch die Möglichkeit, daß bestimmte Vertragsvereinbarungen Dritten nicht entgegengesetzt werden können, z.B. weil es an der vorgeschriebenen Publikation fehlt²⁾. Der Vertrag bleibt wirksam, aber mit der Einschränkung, daß die nicht veröffentlichten Punkte Dritten nicht entgegengesetzt werden können. Das gilt insbesondere für Vertragsänderungen³⁾. Vereinbarungen, die Dritten nicht entgegengesetzt werden können, inter partes aber wirksam sind, gibt es auch im deutschen Gesellschaftsrecht (z.B. Beschränkungen der Haftung oder der Vertretungsmacht).

1. Die Formvorschriften

Da gegen die Formvorschriften am häufigsten verstoßen wird und aus diesem Grund besonders oft die Problematik der "société de fait" auftritt, soll der Fragenkreis, der sich aus der Verletzung der Formvorschriften ergibt, zuerst behandelt werden.

Die Handelsgesellschaften müssen einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag besitzen und die Publikationsvorschriften beachten⁴⁾.

1) "Nul ne peut se faire justice soi-même".

2) Vgl. dazu unten B.1.Abschnitt, II, 1, Seite 12 ff.

3) Vgl. dazu unten B.1.Abschnitt, II, 1, Seite 12 ff.

4) Vgl. dazu oben Seite 6 ff. und die dortigen Anmerkungen.

Die Nichtbeachtung der Publikationsvorschriften führt zu absoluter Nichtigkeit der Gesellschaft.¹⁾ In der Lehre herrscht Streit darüber, ob dies auch gilt, wenn bei der Gründung einer OHG z.B. allein die Bestimmungen über die Schriftform verletzt sind. Dabei geht es um die Frage, ob Art.39 C.com. die Schriftform nur "ad probationem" oder "ad solemnitatem" vorschreibt. Die herrschende Lehre²⁾ hält Art.39 C.com. für eine einfache Beweisregel und nicht für eine Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Gesellschaft. Der Nachweis für das Bestehen einer Gesellschaft muß nach Art.39 C.com. grundsätzlich durch einen schriftlichen Vertrag erbracht werden. Art.39 C.com. geht inhaltlich auf Art.2 der "Verordnung über den Handel" von 1673 zurück. Die entsprechende Bestimmung galt dort ebenfalls als Beweisregel.³⁾

Anders verhält es sich bei der Klage auf positive Feststellung einer faktischen Gesellschaft. Hier findet Art.39 C.com. keine Anwendung. Nach der herrschenden Rechtsprechung und Lehre⁴⁾ ist in diesem Fall jedes im Handelsrecht eröffnete Beweismittel zulässig, wenn mit der Klage nicht eine Verpflichtung der Parteien für die Zukunft angestrebt wird, sondern nur die Rechtsbeziehungen in der Vergangenheit zum Zwecke der Beendigung der Gesellschaft festgelegt werden sollen. Dem Gericht sind alle notwendigen Bestandteile des Gesellschaftsvertrags nachzuweisen. In welcher Form der Beweis geführt wird, bleibt dem Kläger überlassen. Als Beweismittel betrachtet Art.109 C.com. den schriftlichen Vertrag, die Handelsbücher, die geführte Korrespondenz des Unternehmens, den Zeugenbeweis, unwiderlegbare Vermutung, Versicherung an Eides Statt und den Eid.

1) Vgl. Art.58 des Gesetzes vom 24.7.1867 in d.F. der Verordnung vom 30.10.1935.

2) Vgl. Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.448; Lyon-Caen et Renault, Nr.171; Escarra Nr.562; anders aber Ripert, Nr.650.

3) Vgl. Hamel et Lagarde, a.a.O., Nr.448.

4) Vgl. Req.4.7.1909, D.1909.1.344; Cass.25.11.1903, D.P.1904,1.83 Cass.15.1.1923, J.Soc.1924,3221; Cass.23.11.1925, J.Soc.1927,36; Cass.20.10.1935, Rev.Soc.1936,56; Cass.25.5.1940, J.Soc.1942,41. Saint-Etienne 11.2.1953, J.Soc.1955,287; Moreau, Nr.161 m.w.N.

Wäre die Schriftform nicht nur eine Beweisregel - so wird endlich gesagt -, sondern Gültigkeitsvoraussetzung, dann könnten sich Dritte bei der Ausübung ihres Entscheidungsrechts über Wirksamkeit oder Nichtigkeit des beklagten Unternehmens nicht für dessen Rechtswirksamkeit entscheiden, gerade das läßt aber die Rechtsprechung im Rahmen dieses "Wahlrechts" Dritter bei der fehlerhaften Gesellschaft zu.¹⁾

Diese für Art.39 C.com. entwickelten Grundsätze gelten auch für Art.1834 C.civ.²⁾. Die Nichtbeachtung der Schriftform allein führt also nicht zur Nichtigkeit der Gesellschaft. Das wird allerdings nur für die Rechtsbeziehungen in der Vergangenheit angenommen. Für die Zukunft gilt die Gesellschaft als nichtig. Die Kommission zur Reform des Code de commerce betrachtet die umstrittene Bestimmung als zwingend, kommt also in jedem Fall zur Gesellschaftsnichtigkeit³⁾.

Da die Publikation die Einhaltung der Schriftform voraussetzt, gibt es wiederum keine Schriftformverletzung ohne gleichzeitigen Verstoß gegen die Veröffentlichungsvorschriften. Die Problematik der Schriftformverletzung ist daher vorwiegend von theoretischem Interesse, so daß in erster Linie die Veröffentlichungsfehler zu erörtern sind.

Die Formalitäten der Veröffentlichung bestehen darin, daß einerseits zwei Vertragsausfertigungen bei der Verwaltungsstelle des Handelsgerichts deponiert und andererseits Auszüge in einem gesetzlichen Anzeigenblatt veröffentlicht werden.⁴⁾ Schließlich ist die Gesellschaft

1) Vgl. dazu unten B.2.Abschnitt, II, 1b, Seite 75 ff. und Req.12.7.1888, D.1889.1.148.

2) Vgl. Hamel et Lagarde.aao., Nr.448 am Ende.

3) Vgl. Rapport Lagarde, (Travaux de la commission de réforme du code de commerce) Bd. II, S.350: "...le contrat de société devient solennel ...". Dies gilt für Zivil- und Handelsgesellschaften, ausgenommen die stille Gesellschaft.

4) Vgl. Artt.55 ff. des Gesetzes vom 24.7.1867 i.d.F.d.Verordnung vom 30.10.1935 und Artt.12 ff. des Gesetzes vom 7.3.1925 i.d.F.d.Verordnung vom 30.10.1935 und der Verordnung vom 9.8.1953; vgl. dazu oben 1.Abschnitt, I, Seite 6.

zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden¹⁾ und im Amtsblatt für das Handels- und das Berufsständeregister zu veröffentlichen.²⁾

Vor Erlaß der Verordnung vom 9.8.1953 hatte die Verletzung der beiden letzteren Vorschriften nur strafrechtliche Folgen. Diese Verordnung führte hingegen den Grundsatz ein, daß die einzutragenden Tatsachen Dritten nicht entgegengehalten werden könnten. Während also die Verletzung der Schriftform nicht zur Nichtigkeit der Gesellschaft zu führen braucht, ist dies bei der Verletzung der Veröffentlichungsvorschriften der Regelfall. Doch sind hier - insbesondere von der Rechtsprechung - Unterscheidungen zwischen völlig fehlender, falscher oder unvollständiger und verspäteter Veröffentlichung getroffen worden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Kassationshofs hat die unterlassene Veröffentlichung die absolute Nichtigkeit des Vertrags zur Folge.³⁾ Eine unrichtige oder lückenhafte Veröffentlichung liegt dann vor, wenn der Gesellschaftsvertrag ungenau ausgefertigt wird und vom Original abweicht oder nicht an allen, vom Gesetz vorgeschriebenen Orten veröffentlicht wird.⁴⁾ Die Rechtsprechung unterscheidet weiter zwischen Klauseln, deren Veröffentlichung zwingend vorgeschrieben ist und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Im ersteren Fall ist die Folge absolute Nichtigkeit des Vertrages,⁵⁾ im letzteren kann der Vertragsinhalt Dritten nicht entgegengesetzt werden, wenn diese ein berechtigtes Interesse an der ordnungsgemäßen Veröffentlichung glaubhaft machen.⁶⁾ Die verspätete Publikation führt regelmäßig zur absoluten Nichtigkeit der Gesellschaft, es sei

1) Vgl. dazu oben 1. Abschnitt, I, Seite 8 mit Anmerkungen.

2) "Bulletin officiel du registre de commerce et du registre des métiers". Diese Pflicht besteht erst seit dem Gesetz vom 9.4.1949.

3) Vgl. Req. 27.4.1931, S. 1931.1.247; Req. 19.3.1946, J.C.P. 1946 II

4) Vgl. Besançon 16.10.1928, S. 1929.2.126.

3125.

5) Vgl. Civ. 21.11.1916, S. 1916.1.145.

6) Vgl. Civ. 22.12.1874, S. 1875.1.104.

denn, daß der Mangel geheilt wird, bevor eine Sachentscheidung in erster Instanz wegen dieses Grundes gefällt worden ist.¹⁾

Die Eintragung ins Handelsregister hat in Frankreich und Deutschland bei Personalhandelsgesellschaften deklaratorische Bedeutung. Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich aber bei den Kapitalgesellschaften. Während z.B. die Eintragung einer Aktiengesellschaft in Frankreich ebenfalls nur deklaratorische Wirkung besitzt,²⁾ hat sie in Deutschland als gesetzlich vorgeschriebener Teil des Gründungsvorgangs im Rahmen der Stufengründung (§§ 30, 34 Abs.1 Satz 1 AktG) konstitutive Bedeutung. Auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wirkt die Eintragung ins Handelsregister nach deutschem Recht im Gegensatz zum französischen System konstitutiv (§§ 7,11 Abs.1 GmbHG).

Für Vertragsänderungen gelten die gleichen Veröffentlichungsvorschriften, wie für die Errichtung des ursprünglichen Vertrages.³⁾ Werden diese Formvorschriften verletzt, so ist die Gesellschaft absolut nichtig.⁴⁾ In allen Fällen einer Formverletzung kann das Gericht eine Frist zur Heilung des Mangels setzen.⁵⁾ Die gegen die Gesellschaft gerichtete Nichtigkeitsklage kann von Dritten erhoben werden, sofern nicht bereits vor Einreichung der Klage oder spätestens am Tage der Sachentscheidung in erster Instanz der Nichtigkeitsgrund wegfällt.⁶⁾ Die Nichtigkeitsklagen verjähren in fünf Jahren.⁷⁾ Die herrschende Lehre entnimmt aus dieser Verjährungsvorschrift einen allgemeinen Rechtsgedanken und wendet

1) Vgl. Art. 58 in Verb. m. Art. 8 Abs. 4 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Civ. 4.1.1944, Gaz. Pal. 1944.1.114.

2) Vgl. die Einzelheiten bei Baudouin-Bugnet, S. 28 ff.

3) Vgl. Artt. 58, 59 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Artt. 14-17 des Gesetzes vom 7.3.1925.

4) Vgl. Art. 59 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Art. 17 des Gesetzes vom 7.3.1925.

5) Vgl. Art. 8 Abs. 5 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Art. 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 7.3.1925.

6) Vgl. Art. 8 Abs. 4 des Gesetzes vom 24.7.1867.

7) Vgl. Art. 8 Abs. 7 des Gesetzes vom 24.7.1867.

sie auch auf Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen auf Grund anderer Gesellschaftsmängel an.¹⁾

Hamel und Lagarde wollen die Vorschrift hingegen nicht einmal auf Publikationsfehler anwenden, sondern nur die allgemeinen Verjährungsvorschriften des Art.2262 C.civ. zum Zuge kommen lassen.²⁾ Sie versuchen, dies aus dem Wortlaut der Artt.58 und 8 des Gesetzes vom 24.7.1867 zu begründen, indem sie sagen, die Verjährungsfrist betrage nach diesen Bestimmungen fünf Jahre, es sei denn, der Mangel werde nach den in Art.8 vorgesehenen Möglichkeiten vor Ablauf dieser Frist beseitigt. Auf Grund dieser Formulierung komme diese Vorschrift einer "Gleichstellung des Ereignisses der Verjährung mit der Fehlerbeseitigung" gleich, weil beide zum Ausschluß der Nichtigkeitsklage führten. Da eine Verjährung praktisch also nur durch die Mängelbehebung einträte, käme es in Wirklichkeit nach Ablauf von fünf Jahren nicht zur Verjährung, wenn der Mangel dann noch vorhanden wäre, sondern es bliebe bei der dreißigjährigen Verjährungsfrist des Art.2262 C.civ.. Mit dieser Auffassung stehen aber Hamel und Lagarde (wohl zu Recht) allein.

2. Die Einlageleistungspflicht zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Vermögens.

Wie bereits erwähnt, setzt Art.1832 C.civ. Einlagen eines jeden Gesellschafters in ein gemeinsames Vermögen voraus, wenn das entstehende Gebilde überhaupt Anspruch darauf erheben will, als Gesellschaft im Rechtssinn gewürdigt zu werden. Die Einlagen können in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen erbracht werden. Ohne Einlagen ist eine Gesellschaft inexistent. Sie wird also von der schärfsten Form der Nichtigkeit betroffen. Darüber sind sich Lehre und Rechtsprechung einig.³⁾

1) Vgl. Escarra, Nr.580 und Escarra et Rault, Bd.I, Nr.172.

2) Vgl. Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.458.

3) Vgl. statt vieler Escarra et Rault, Bd.I, Nr.165 und Civ.11.4.1927, S.1927.1.262.

Die Frage nach den Einlagen taucht insbesondere dann auf, wenn kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde und zunächst die Frage geklärt werden muß, ob überhaupt Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Ohne die Erfüllung der drei Hauptbedingungen des Art.1832 C.civ., die einer Gesellschaft überhaupt erst ihre juristische Gestalt geben, kann nicht von einer Gesellschaft, folglich auch nicht von einer fehlerhaften Gesellschaft als "société de fait" die Rede sein.¹⁾

3. Die Beteiligung aller Gesellschafter an Gewinn und Verlust.

Eine Vereinbarung, die einem Gesellschafter den gesamten Gewinn zuspricht, ist nichtig. Das gleiche gilt für die Abrede, die einen oder mehrere Gesellschafter von jeder Teilnahme an den Verlusten der Gesellschaft freistellen würde. Dieses Verbot der sog. "leoninischen Klausel" spricht Art.1855 C.civ. aus.²⁾ Sie widerspricht den Vorschriften des Art.1832 C.civ., die ausdrücklich eine Beteiligung eines jeden Gesellschafters an Gewinn und Verlust verlangen.³⁾

Bei der Beurteilung der Rechtsfolgen ist problematisch, ob die unzulässige Klausel losgelöst von den anderen Vertragsbestimmungen betrachtet werden kann oder ob sie den Untergang des ganzen Vertrages nach sich zieht, selbst wenn die Vereinbarung in einem vom Gesellschaftsvertrag gesonderten Abkommen geschlossen wurde. Nach der herrschenden Lehre⁴⁾ kann die leoninische Klausel nicht losgelöst vom

1) Vgl. Req.8.1.1946, J.C.P.1946 II 3053.

2) Sie wird auch "societas leonina" oder "pacte léonin" oder "clause léonine" genannt.

3) Die Formulierung in Art.1832 C.civ.: "...dans la vue de partager le bénéfice" wird im Hinblick auf Art.1855 Abs.2 C.civ. allg. in diesem Sinne ausgelegt; vgl. Civ.20.7.1908, D.1909.1.93; Req.31.1.1917, J.Soc.1918.158 und Civ.2.3.1931, S.1932,1.281.

4) Vgl. Escarra, Nr.531; Escarra et Rault, Bd.I, Nr.165; Hémar, Nr.123; Ripert, Bd.I, Nr.682; Ripert et Boulanger, Bd.3, Nr.2196, sowie Jean Hémar, S.134.

Gesellschaftsvertrag betrachtet werden, da sie in Anbetracht des wirtschaftlichen Zweckes der Gesellschaft für den gesamten Vertrag zentrale Bedeutung hat, so daß der Vertrag im Einzelfall mit ihr steht und fällt. Andere legen Art.1855 C.civ. grammatisch aus und leiten aus den Worten "stipulation" und "convention"¹⁾ her, daß nur die Klausel nichtig sei, im übrigen aber Art.1853 C.civ., d.h. die Gewinn- und Verlustbeteiligungsregeln des Code civil, Anwendung fänden.²⁾

Der Gesellschaftsvertrag kann aber nur dann aufrechterhalten werden, wenn eine Umdeutung der Rechtsstellung des Begünstigten möglich ist, die ihn aus seiner Position als Gesellschafter befreit. Das ist dann der Fall, wenn ein stiller Teilhaber, der vom Verlust befreit sein will, nicht als Gesellschafter, sondern als Darlehensgeber betrachtet wird.³⁾ Doch ist hier ein strenger Maßstab anzulegen, um eine Gesetzesumgehung auszuschließen.

Die Rechtsprechung spricht sich überwiegend mit der herrschenden Lehre für die Nichtigkeit der Gesellschaft aus,⁴⁾ macht dies aber im Einzelfall davon abhängig, ob der Gesellschaftsvertrag im Sinne des Art.1172 C.civ. von der Klausel "abhängt", also mit ihr untrennbar verbunden ist oder nicht.⁵⁾

Eine Minderheit in der Lehre vertritt die weitestgehende Meinung, es handle sich beim Ausschluß eines Gesellschafters vom Gewinn oder vom Verlust nicht einmal um eine fehlerhafte Gesellschaft, - die folglich auch nicht als "société de fait" gewürdigt werden könne -

-
- 1) Art.1855 C.civ. lautet: "la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes ...".
 - 2) Vgl. Delangle, Nr.120 und Req.16.6.1882, D.1884.1.222.
 - 3) Vgl. Ripert, aaO, Nr.682 und Req.10.12.1893, D.1894.1.224.
 - 4) Civ.2.3.1931, D.H.1931,285 und Req.9.4.1941, D.H.1941,275.
 - 5) Art.1172 C.civ.: "Toute condition d'une chose ... prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend." Vgl. dazu Civ.11.7.1894, D.1894.1.531 und Req.3.3.1909, D.1909.1.257.

sondern um ein "inexistentes Gebilde", da eine der Grundvoraussetzungen des Art.1832 C.civ. überhaupt fehle: nämlich eine Bestimmung über die Teilnahme an Gewinn und Verlust.¹⁾ Dagegen wurde vorgebracht, daß eine Regelung über die Gewinn- und Verlustbeteiligung in der leoninischen Klausel wohl enthalten sei, es sei dabei nur eine ungesetzliche Verteilungsart gewählt worden. Die Gesellschaft könne daher als fehlerhafte, als "société de fait" behandelt werden.²⁾

4. Die Konkubinatsgesellschaft und die "affectio societatis"

Die Gesellschafter müssen den Willen haben, in einer Gesellschaft zu deren Wohl zusammenzuwirken. Andernfalls fehlt es an der "affectio societatis", einem der Grundmerkmale des Art.1832 C.civ., so daß keine gesellschaftsrechtlichen Normen anwendbar sind und damit auch keine "société de fait" vorliegen kann. Die Gesellschaft würde von der "Inexistenz" betroffen. Der Nachweis der "affectio societatis" ist deshalb von grundlegender Bedeutung. In der Praxis treten solche Fälle hauptsächlich in freien Ehen auf, in denen die Partner - oft über sehr lange Zeiträume hinweg - gemeinsam ein Handelsgeschäft betrieben haben. In vielen Gerichtsentscheidungen wird in der Mitarbeit der Geliebten im Betrieb des Mannes eine faktische Gesellschaft gesehen, der es lediglich an einem schriftlich abgeschlossenen Vertrag fehlt.³⁾

1) Houpin et Bosvieux, Bd.I, Nr.198 und Pico et Kreher, Bd.I, Nr.58.

2) Vgl. die oben zitierte Literatur und Rechtsprechung.

3) Zum ersten Mal bereits Paris, 19.8.1851, S.1852.2.209; ferner Req.8.1.1946, J.C.P.1946, 2.3053; Trib.civ.Seine, 3.5.1922, D.1924.2.9; Aix 28.12.1933, D.1935.2.41; Nancy 15.11.1956, D.1957, Somm.26.

Literatur: Planiol et Ripert, 11.Band, Nr.1072 mit Anm. und zahlreichen Nachweisen; Jean Hémard, S.153 ff. mit zahlr. Nachweisen; Ripert et Boulanger, Bd.III, Nr.2199; Mazeaud, Bd.I, Nr.708; Ripert et Durand et Roblot, Bd.I, Nr.626 und Moreau, Nr.164.

Es handelt sich hier um den Hauptanwendungsfall der sogenannten "société créée de fait". Diesem Begriff sind an entsprechender Stelle gesonderte Ausführungen zu widmen, auf die zur Erläuterung verwiesen werden darf.¹⁾

Ein Interesse an der Feststellung einer Gesellschaft haben die Gläubiger des Unternehmens und die aus dem Geschäft ausscheidende Geliebte. Um ihren Interessen gerecht zu werden, war die Praxis bei der Beurteilung der gesellschaftsrechtlichen Fragen zum Teil sehr großzügig und kam häufig zur Annahme einer "société de fait".²⁾ Der Kassationshof wandte sich jedoch gegen eine solche Beurteilung der Konkubinatsfälle, d.h. gegen die Begünstigung der Konkubine mit Hilfe der Annahme einer "société de fait", da in den Entscheidungen der unteren Instanzen schon von einer ehgüterrechtsähnlichen Stellung der Begünstigten gesprochen wurde.³⁾ Das oberste Gericht ging auf die Vorschriften des Art.1832 C.civ. zurück und verlangte den eindeutigen Nachweis der Absicht der Partner, in einer Gesellschaft zusammenzuarbeiten, ferner von Einlagen in ein Gesellschaftsvermögen und die gemeinsame Teilnahme an Gewinn und Verlust. Durch das Zusammenleben nichtverheirateter Personen über längere Zeit wie Mann und Frau - so wurde begründet - könne noch keine Gesellschaft entstehen, selbst wenn die Frau eine leitende Funktion im Unternehmen des Mannes einnehme. Eine solche Zusammenarbeit könne nämlich keine vermögensrechtlichen Wirkungen dahingehend haben, daß dem Partner ein Recht auf die Hälfte

1) Vgl. unten IV,3a,bb,Seite 49 ff.

2) Rép.com.Bd.III,Stichwort "société de fait",Nr.22 ff.m.Nachw.

3) Vgl.Cass.Civ.25.7.1949, Gaz.Pal.1949.2.323, worin das Urteil der Cour d'appel d'Angers vom 10.4.1946 aufgehoben wurde (vgl. auch Jurisclasseur pér.1950,5798); auf Überweisung dieser Sache an die Cour d'appel de Rennes folgte Rennes vom 22.5.1950, J.Soc.1951,150 bzw. Rev.Soc.1950,285 bzw. Gaz.Pal.1950,287 bzw. Rev.trim.dr.com.1950,612. Diese Entscheidung wurde wieder angegriffen und führte zum Urteil des Kassationshofs, Civ.,section commerciale et financière, vom 17.11.1952; J.Soc.1954,357,bzw. Rev.Soc.1952,389 und 1953,218,bzw. Bull.Cass.1952,3,270,bzw. Gaz.Pal.1953.1.128,bzw. Jur.class.pér.1953,2,7884. Vgl. ferner als richtungweisend Cass.Com.3.11.1953,D.1953,731 und Cass.Civ.1.12.1952, D.1953,90.

oder einen anderen Bruchteil des Gewinns zustünde. Vielmehr habe jeder nur ein Recht auf den Gewinn, der aus Geschäften herrührt, die in seinem Namen abgeschlossen sind.¹⁾

Auf Grund dieser Rechtsprechung stellen auch die unteren Gerichte neuerdings an den Nachweis eines Gesellschaftsverhältnisses erhöhte Anforderungen.²⁾ Sie verlangen im Rahmen der Überprüfung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen insbesondere einen eindeutigen Nachweis für das Vorliegen der "affectio societatis". Wie weit die radikal einschränkende Auslegung dieser "Vertragsverhältnisse" geht, zeigt eine jüngst ergangene Entscheidung der "Cour d'appel de Paris"³⁾, wonach nicht einmal der gemeinsame mehrmalige Erwerb und Wiederverkauf einheitlicher Geschäftsvermögen im Rahmen eines mehr als zehnjährigen Zusammenlebens für ausreichend befunden wurde, um die Absicht der Partner nachzuweisen, eine Gesellschaft zu gründen. Die gemeinsame Lebensführung der Parteien begründe - so wird ausgeführt - vermögensrechtlich nur eine einfache, teilbare Gemeinschaft, die jederzeit durch schlichte Teilung beendet werden könne. Für eine gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung sei hingegen kein Raum.

Der Kassationshof sah bisher den Nachweis der "affectio societatis" nur in einem einzigen Fall als erbracht an. Die Partner hatten ein Hotel gemeinsam gekauft und in einer Form betrieben, die ein gesellschaftsrechtliches Zusammenwirken als gegeben erscheinen ließ.⁴⁾

Da solchen "Gesellschaften" durchweg formlos eingegangene Verträge zugrunde liegen, fehlt der förmliche Konstitutivakt. Sie sind also fehlerhaft, denn die Schriftform ist verletzt und die Publikationsvorschriften

1) In diesem Sinne Cass.Civ.25.7.1949,aaO.; Com.12.11.1951, Bull.civ.1951.2.238; Civ.19.10.1954, Bull.civ.1954.1245 und Paris 12.1.1957,S.1957.2.64.

2) Paris 25.11.1954,D.1955.98 und 2.3.1959,D.1959,Somm.79; Nancy 15.11.1956,D.1957.26 und 24.1.1956,D.1957,27,sowie Trib.civ.Seine 4.6.1957,D.1957,Somm.111.

3) Paris, 12.2.1960, D.1960,379.

4) Com.17.11.1952, J.C.P.1953 II 7884.

sind nicht eingehalten worden. Daneben können auch Bedenken hinsichtlich der Vertragsgrundlage auftreten. Zwar kann man in der Regel jeden Vertrag, der zwischen in freier Ehe lebenden Personen abgeschlossen wird, als zulässig ansehen, es sind jedoch diejenigen Fälle auszunehmen, in denen der Vertrag im Hinblick auf die Begründung oder Unterhaltung solcher Verhältnisse, d.h. als Entgelt für das Zusammenleben zustandekommt, da dann gemäß Art.1131 C.civ. in Verbindung mit Art.1133 C.civ. eine sittenwidrige Geschäftsgrundlage vorliegen würde. Das gleiche gilt auch für denjenigen Fall, in dem ein verheirateter Gesellschafter und Konkubinatspartner im Rahmen des Unternehmens die Früchte seiner Arbeit seiner legitimen Familie entzieht, indem er sie seiner Geliebten zuwendet.¹⁾

Ist keine fehlerhafte Gesellschaft zu konstruieren, so kann die Auseinandersetzung - wie bereits angedeutet - nur über eine teilbare Gemeinschaft erfolgen. Hat der eine Teil lediglich Dienstleistungen zur Verfügung gestellt, so ist der Einwand denkbar, im Gegensatz zur Gesellschaft sei hier kein Anteil in Form von Dienstleistungen möglich. In solchen Fällen kann ein Ausgleich letztlich aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nach Artt. 1375 ff. C.civ. wegen Vorenthaltung einer Vergütung für ständige Mitarbeit im Betrieb erlangt werden.²⁾

5. Die Gesellschaft zwischen Ehegatten.

Über die Wirksamkeit von Gesellschaften zwischen Ehegatten herrschte in Rechtsprechung und Lehre bis zu den jüngsten umfangreichen Reformen, die Ende 1958 durch die neu entstandene V.Republik durchgeführt wurden, ein umfangreicher Meinungsstreit, auf den wegen seiner grund-

1) Cour de Paris, 20.3.1959, D.1959, Somm.79; vgl. ferner zu dieser Problematik Rép.Civ., Stichwort "société civile", Nr. 134 ff. und "union libre" Nr.25 ff.

2) Vgl. dazu Lagarde in Rev.trim.dr.civ.1950,47 und Planiol et Ripert, 11. Band, Nr.1073 m.Nachw..

sätzlichen Bedeutung eingegangen werden muß.

Die überwiegende Rechtsprechung erklärte Gesellschaften zwischen Ehegatten¹⁾ oder zwischen beiden Ehegatten und einem oder mehreren Dritten²⁾ für ungesetzlich und daher für nichtig, gleichgültig ob sie vor,³⁾ gleichzeitig mit oder nach der Eheschließung gegründet wurden.⁴⁾ Dabei spielte es keine Rolle, ob es sich um offene Handelsgesellschaften, stille Gesellschaften oder Zivilgesellschaften handelte. Streit herrschte nur über die Ausdehnung auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wobei von manchen unteren Gerichten das Argument vorgebracht wurde, der Charakter der Gesellschaft als Kapitalgesellschaft überwiege, so daß die persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter unberücksichtigt bleiben könnten. Einhellig machte die Annahme der Nichtigkeit vor den Aktiengesellschaften halt, da es hier auf die Person des Aktionärs und seine persönlichen Verhältnisse nicht ankommt.

Die Rechtsprechung argumentierte, eine Ehegattengesellschaft verstoße gegen die familienrechtlichen Grundsätze der Vorrangstellung des Ehemannes als Familienoberhaupt, die sog. "ehemännliche Gewalt", sowie gegen die Vorschrift des Art.1395 C.civ., wonach güterrechtliche Vereinbarungen nicht abgeändert werden dürfen. Schließlich sei die Gleichstellung aller Gesellschafter, die aus der "affectio societatis" folge, mit der Gehorsamspflicht der Ehefrau unvereinbar.

Diesem letzteren Argument konnte die Einwilligung des Mannes entgegengehalten werden, der durch den Vertragsschluß mit seiner Frau deren Handeln billigt. Durch die Gesetze vom 18.Februar 1938 und vom 22.September 1942⁵⁾ wurde die "ehemännliche Gewalt" durch die einfache

1) Req.27.6.1893, D.1893.1.468; Civ.5.5.1902, D.1903.1.207; - S.1905.1.41 m.Anm.Joseph Hénard; Civ.24.2.1913, S.1916.1.81; Civ.1.7.1931, Rev.Soc.1931.286.

2) Civ.23.1.1912, D.1912.1.481; Civ.15.2.1937, S.1937.1.169.

3) Civ.3.7.1917, D.1917.1.127; Civ.5.6.1951, D.1952, Somm.30.

4) Civ.24.2.1913, D.1913.1.141.

5) Vgl.dazu Julliot de la Morandière in J.C.P.1943.1.304.

Stellung als "Haushaltungsvorstand" ersetzt, die in gewissen Fällen auf die Frau übertragen werden kann. Die besonderen Vorrechte des Ehemannes konnten seither nicht mehr als Argument gegen die Ehegattengesellschaft dienen.

Auch das letzte Argument von der Unabänderlichkeit des Ehegüterrechts wurde von der überwiegenden Lehre angegriffen.¹⁾ Von diesem Grundsatz werden nämlich zunächst alle diejenigen Gesellschaften nicht berührt, die v o r der Eheschliessung zwischen den Gatten abgeschlossen wurden. Wurde der Vertrag während der Ehe geschlossen, so kann zwar das Ehegüterrecht davon berührt werden. Das kann aber durch irgendwelche anderen Verträge ebenfalls vorkommen. Man müßte daher fast alle vermögensrechtlichen Verträge zwischen Ehegatten verbieten. Da die Rechtsprechung nicht so weit ging, wurde ihr Inkonsequenz vorgeworfen. Andererseits vertritt sie mit Recht die Auffassung, daß durch die Beteiligung an einer Gesellschaft z.B. eine in Gütertrennung lebende Ehefrau in der freien Verfügung über ihr Vermögen beschränkt wird. Umfaßt ihre Einlage den wesentlichen Teil ihres Vermögens, so laufen die Folgen der Gesellschaftsbeteiligung auf eine verbotene Abänderung des Güterstandes hinaus. Die Lehre greift auch diesen Gedanken an und erklärt solche Verträge im Rahmen der Verfügungsfähigkeit der Frau über ihr Vermögen als zulässig. Man argumentiert, dies könne dem Güterstand nicht entgegenstehen, da die Verfügungsfreiheit über das Vermögen dessen Hauptinhalt darstelle.

Die Rechtsprechung verwies schließlich noch auf allgemeine Grundsätze des Privatrechts, insbesondere auf das Verbot von Kaufverträgen zwischen Ehegatten (Art.1595 C.civ.) und den Grundsatz der Widerrufsmöglichkeit von Schenkungen zwischen Ehegatten (Art.1096 C.civ.). Diese Bestimmungen könnten durch Ehegattengesellschaften umgangen

1) Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.445; Hémard, Nr.80 ff. und Weill in J.C.P.1951.2.6494, Anm. zu Trib.civ.Strasbourg, 25.5.1951.

werden. Da es aber keine gesetzliche Vermutung für eine Gesetzesumgehung gibt, sondern der Nachweis der Umgehungsabsicht geführt werden muß, kann eine solche Überlegung nicht ohne weiteres durchgreifen.¹⁾

Um die Nichtigkeitsfolgen zu mildern, kamen die Gerichte gelegentlich zu einer Umdeutung der Rechtsverhältnisse und nahmen zwischen den Ehegatten ein Auftragsverhältnis, Dienstverhältnis oder eine Mitsiegtümerstellung an. War das nicht möglich, so wurden die Folgen absoluter Nichtigkeit abgewendet, indem man über die Rechtsfigur der "société de fait" zur Auflösung und Abwicklung des Unternehmens kam.²⁾ Während zum Zeitpunkt dieser Entscheidungen noch jeder Beteiligte auf Feststellung der Nichtigkeit klagen konnte, bis die Gesellschaft beendet war, werden neuerdings Nichtigkeitsklagen nach der Scheidung der Ehe oder nach der Zession der Anteile des einen Gatten an den anderen für unzulässig erklärt, da zu diesem Zeitpunkt keine Gesellschaft mehr bestanden habe.³⁾

Der Streit zwischen Rechtsprechung und Lehre erledigte sich zum größten Teil durch die Verordnung vom 19. Dezember 1958⁴⁾. Danach können Ehegatten als

1) So Hamel et Lagarde, aaO., Nr. 445; ebenso Cour de Paris 7.12.1954, J.C.P. 1955 II 8526. Vgl. zu diesem Urteil Vasseur in Rev. trim. dr. com. 1955. 219.

2) Req. 6.2.1888, D. 1888.1.401.

3) So Lyon, 3.5.1948, D. 1949, 46; Trib. civ. Limoges, 17.2.1949, J.C.P. 1949 II 4951 und Trib. civ. Strasbourg, 25.5.1951, J.C.P. 1951 II 6494. Gegen diese Rechtspr.: Hémard, Nr. 125; Léon Mazeaud in Rev. crit. 1928. 291 u. Guérain in D. 1950, Chron. 25

4) Vgl. dazu Jean Hémard in D. 1959, Chron. 27 und Vasseur in Rev. trim. dr. com. 1959, 835, nach deren Meinung nach dem Inkrafttreten der neuen Verordnung keine Nichtigkeitsklage mehr erhoben werden kann, sofern die Gesellschaft zwar vor Erlass der Verordnung gegründet wurde, sich aber andererseits im Rahmen der neuen Zulässigkeitsvoraussetzungen hält. Eine gegenteilige Ansicht wurde bisher nicht geäußert. Vgl. zur Ehegattengesellschaft neuerdings auch Moreau, Nr. 165.

Gesellschafter in derselben Gesellschaft beteiligt sein und an der Geschäftsführung teilnehmen, sie dürfen aber nicht zusammen unbeschränkt und solidarisch in einer Handelsgesellschaft haften. Die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft ist ihnen also verwehrt, doch kann die Ehefrau Kommanditistin in einem Unternehmen sein, worin der Ehemann Komplementär ist. Bei Verletzung der letztgenannten Vorschriften bleibt für die Annahme einer fehlerhaften Ehegattengesellschaft immer noch Raum. Die Kommission zur Reform des Handelsrechts sprach sich im Grundsatz zu Gunsten der Rechtswirksamkeit der Ehegattengesellschaften aus.¹⁾

6. Die stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft kann im französischen Recht entweder als "association en participation" oder als "société en participation" bzw. "société occulte" auftreten. Bei der "association en participation", die in den Vorschriften der Artt.42-45 C.com. geregelt ist, handelt es sich um eine Handelsgesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die nach außen nicht als Gesellschaft auftritt und deren Geschäftsführer zwar im Innenverhältnis für gemeinsame Rechnung der Gesellschaft, nach außen aber nur in seinem eigenen Namen handelt. Die "association en participation" geht vom Begriff der "association" aus, worunter eine Vereinigung einer Gruppe von Personen zu verstehen ist, welche ihre Kenntnisse, Arbeitskraft und finanziellen Mitteln zu irgendeinem gemeinsamen Zweck einsetzen. Der Zweck braucht nicht ausschließlich oder hauptsächlich ein wirtschaftlicher, also auf die Erzielung von Gewinn gerichteter, zu sein. Die "association en participation" unterscheidet sich insoweit von der echten "société en participation", bei der es sich um eine stille Gesellschaft

1) Vgl. Travaux, Band II, Seite 359 ff. und 397.

mit rein wirtschaftlichem Zweck handelt. Diese Gesellschaft wird auch "société occulte" genannt, weil sie einerseits als ein auf die Teilung von Gewinn und Verlust gerichtetes Unternehmen eine echte Gesellschaft und nicht bloß eine "Vereinigung" darstellt, und weil das Gesellschaftsverhältnis andererseits im Rechtsverkehr nicht erkennbar ist. So gibt es "associations en participation", die wegen ihres Gewinnstrebens im Grunde als "sociétés en participation" bezeichnet werden müßten, und Vereinigungen, die sich im Rechtsleben als "sociétés" bezeichnen, wobei es sich indessen um "associations" im Rechtsinn handelt. Letzteres ist z.B. bei den "Sociétés de secours mutuels" der Fall, Vereinigungen, die etwa dem "Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit" entsprechen und die infolge ihres gemeinnützigen Zweckes richtig als "associations" bezeichnet werden müßten.

Die stille Gesellschaft¹⁾ ist von allen Publikationsvorschriften, welche für die Gesellschaften im engeren Sinn gelten, ausgenommen. Das Gesellschaftsverhältnis darf nach außen hin nicht in Erscheinung treten.²⁾ Die Gesellschafter haben dieses besondere Wesensmerkmal ihrer Gesellschaft streng zu beachten und dürfen Dritten gegenüber nicht unter der Firma einer Handelsgesellschaft auftreten oder mehrere Gesellschafter als Geschäftsführer nach außen auftreten lassen. Handeln die Gesellschafter diesen Verpflichtungen zuwider, so können sie im Außenverhältnis nicht länger als Gesellschafter einer stillen Gesellschaft betrachtet werden, vielmehr gilt dann das Unternehmen als Gesellschaft des "gemeinen Rechts", d.h. als offene Handelsgesellschaft.³⁾ Da dieser offenen Handelsgesellschaft die erforderliche Publizität fehlt, entsteht eine Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage, in der die

1) Geregelt in Artt.42-45 C.com.: "association en participation"; die folgenden Ausführungen gelten auch für die "société en participation".

2) Vgl. Art.44 C.com.

3) Req.26.4.1926,S.1926.1.161; Besançon,25.3.1952,D.1952, Somm.68.

Gesellschafter unbeschränkt und gesamtschuldnerisch haften, es sei denn, daß die beteiligten Dritten die Haftungsbeschränkungen aus dem Gesellschaftsvertrag kannten.¹⁾ Bei einer "Indiskretion" des alleinigen Geschäftsführers treten diese Folgen noch nicht ein.²⁾ Die Bezeichnung des Unternehmens als Gesellschaft im gedruckten Briefkopf, sowie die Eröffnung von Bankkonten zugunsten der "Gesellschaft" wurde als Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft angesehen, die wegen ihrer mangelhaften Vertragsgrundlage als "société de fait" betrachtet wurde. Es lag hier zwar eine Eintragung im Handelsregister vor, doch fehlte die Hinterlegung der Statuten bei der Verwaltungsstelle des Handelsgerichts. Der Mangel war auch nicht geheilt worden.³⁾ Die Rechtsprechung bezeichnet die fehlerhafte stille Gesellschaft als "Anscheinsgesellschaft", da sie sich den Anschein einer offenen Handelsgesellschaft gibt.⁴⁾ Zwischen der typischen und den verschiedenen Formen der atypischen stillen Gesellschaft als "société de fait" glaubt man keinen Unterschied machen zu müssen. Anders als im deutschen Recht⁵⁾ wird daher jede stille Gesellschaft, die sich in eine offene Handelsgesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage verwandelt, nach den Grundsätzen der "société de fait" liquidiert.

Dies ist also davon abhängig, daß sich die stillen Gesellschafter ähnlich wie Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft verhalten und im Namen der Gesellschaft aufgetreten sind. Hiervon ist indessen derjenige Fall streng zu unterscheiden, in dem die Entstehung einer faktischen Gesellschaft möglich ist, ohne daß die stillen Teilhaber das Gebot, im Rechtsverkehr nicht im Namen der Gesellschaft zu handeln, verletzen. Einen solchen Fall hatte vor einiger

1) Com.21.11.1949, J.C.P.1950.2.5339.

2) Anvers, 5.7.1926, S.1927.4.23.

3) Montpellier, 29.10.1959, S.1960.1.183.

4) Com.9.6.1959, S.1959,29;vgl.dazu Houin in Rev.dr.com. 1959,S.923. Man spricht auch hier von "sociétés apparentes", obwohl dieser Begriff grundsätzlich die Inexistenz voraussetzt. (Vgl.unten IV,1,S.41 f.)

5) Vgl. dazu unten C.1.Abschnitt,III,4,Seite 122 ff.

Zeit die Cour d'appel de Paris zu entscheiden¹⁾. Es handelte sich um eine faktische Gesellschaft zwischen drei Personen, in der zwei stille Gesellschafter dem dritten, geschäftsführenden Gesellschafter erhebliche Geldsummen zur Verfolgung eines wirtschaftlichen Zweckes unter Vereinbarung der Teilnahme an Gewinn und Verlust zur Verfügung gestellt hatten. Die Vereinbarungen zwischen den drei Gesellschaftern waren weder eingetragen noch veröffentlicht worden, die Gesellschaft war nur unter dem Namen des dritten Gesellschafters in der Öffentlichkeit aufgetreten, das eigentliche Gesellschaftsverhältnis war niemals offenkundig geworden. Das Gericht nahm daher nicht das Bestehen einer faktischen offenen Handelsgesellschaft, sondern einer faktischen stillen Handelsgesellschaft, sondern einer faktischen stillen Gesellschaft, einer "société de fait occulte" an. Zur Feststellung eines "faktischen" Gesellschaftsverhältnisses war es gekommen, nachdem sich die beiden stillen Gesellschafter nicht als solche betrachten lassen wollten, sondern nur von der Hingabe von Darlehen an den dritten Beteiligten sprachen.

Die Cour d'appel de Paris schloß sich damit dem Standpunkt des Kassationshofs an, den dieser bereits in einer Entscheidung vom 21.10.1941²⁾ vertreten hat. Der Kassationshof stellte darin ebenfalls darauf ab, ob der stille Gesellschafter den gesetzlichen Rahmen seiner Gesellschafterstellung eingehalten oder überschritten hatte, d.h. ob er ein echter "associé occulte" geblieben war oder nicht.³⁾

Im Rahmen der Darstellung der stillen Gesellschaften bleibt noch eine Besonderheit in

1) Paris 12.12.1950, J.Soc.1952,93, unter Aufhebung eines Urteils des Tribunal de commerce von Troyes vom 19.12.1949, J.Soc.1952,40.

2) Cass. 21.10.1941, S.1943.1.15.

3) Vgl. dazu auch Moreau, Nr.160.

der Behandlung der stillen Gesellschaft des Zivilrechts im Gegensatz zur stillen Gesellschaft des Handelsrechts zu erwähnen..

Tritt die stille Gesellschaft des Handelsrechts im Rechtsverkehr offen als Gesellschaft auf, so wird sie als faktische Handelsgesellschaft behandelt. Die Konstruktion der "société de fait" findet Anwendung, wie die obige Darstellung zu zeigen versuchte. Anders verhält es sich im Fall der stillen Gesellschaft mit zivilrechtlichem Charakter. Eine aus irgendwelchen Gründen nichtige stille Gesellschaft des Zivilrechts, die aber als gesellschaftsrechtliches Verhältnis de facto besteht, gilt als normale privatrechtliche Gesellschaft des Code civil und wird nach den Vorschriften der Artt. 1832 ff C.civ. beurteilt, ohne daß der Umweg über die "société de fait" erforderlich ist.¹⁾

Es ist schliesslich noch der Fall denkbar, daß eine "société de fait", in der von den Gesellschaftern ein Gesellschaftsverhältnis gewollt war, im Rechtsverkehr gleichwohl nicht als Gesellschaft aufgetreten ist, sondern nur von einem einzigen Beteiligten vertreten wurde, der Dritten gegenüber nicht als geschäftsführender Gesellschafter, sondern nur als Einzelkaufmann auftrat. Eine solche Gesellschaft kann unter Umständen als "société en participation" betrachtet und als solche weitergeführt oder liquidiert werden.²⁾

7. Der mit Willensmängeln behaftete Gesellschaftsvertrag und die Interessen schutzwürdiger Vertragspartner.

a) Die Kaufmannseigenschaft

Der Gesellschafter einer Handelsgesellschaft muß nicht nur die ordnungsgemäße Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen, sondern darüber hinaus auch

1) Vgl. dazu Moreau, Nr.156.

2) Vgl. dazu Moreau, Nr.156 am Ende.

die Fähigkeit besitzen, Kaufmann zu sein. Die Kaufmannseigenschaft ist von zwei Bedingungen abhängig: einerseits davon, daß der Betreffende gewisse kaufmännische Handlungen gewerbmäßig vornimmt, welche Artt. 632 und 633 C.com. aufzählen¹⁾, und andererseits, daß diese Handlungen auf Dauer gerichtet sind.²⁾ Ebenso ist Kaufmann derjenige, der diese kaufmännischen Handlungen ständig und gewerbmäßig für fremde Rechnung durchführt. Als Kaufmann gilt ferner jeder, der im Handelsregister eingetragen ist.³⁾ Nach Art. 2 C.com. erlangen Minderjährige die Kaufmannseigenschaft, wenn sie mindestens 18 Jahre alt und für volljährig erklärt sind (Art. 476 ff. C.civ., insbesondere Art. 487 C.civ.) und darüber hinaus für das beabsichtigte Handelsgewerbe die elterliche Genehmigung erhalten haben und diese Genehmigung im Handelsregister des zukünftigen Geschäftssitzes des Minderjährigen eingetragen ist.

Zur Begründung der Kaufmannseigenschaft genügt demnach nicht die Fähigkeit, das eigene Vermögen zu verwalten, sondern es muß eine uneingeschränkte Verpflichtungsfähigkeit hinzukommen, die von der elterlichen Einwilligung abhängt.⁴⁾ Gewisse Fälle der mangelnden Kaufmannseigenschaft sind von Gesetzes wegen unheilbar: so die Verpflichtungsunfähigkeit des Entmündigten, insbesondere des wegen Verschwendungssucht Entmündigten, sowie des Geistesschwachen.⁵⁾ Das gleiche gilt für den nicht für volljährig erklärten Minderjährigen.⁶⁾ Eine Ausnahme wurde in dem Sonderfall zugelassen,

1) Z.B. Herstellung, Kauf und Verkauf von Waren aller Art, Kommissions- Speditions- oder Bankgeschäfte usw..

2) Diese Fragen sind im ersten Titel "Von den Kaufleuten" des ersten Buches des Code de Commerce, den Artt. 1-7, geregelt. Die Legaldefinition des Kaufmanns bringt Art. 1 C.com..

3) Die Bestimmungen über die Kaufleute gelten auch für Gesellschaften. Seit dem Gesetz vom 1.8.1893 sind AG, OHG und KG, ferner die GmbH seit dem Gesetz vom 9.3.1925 ipso iure Kaufleute, gleichgültig, welches Gewerbe sie betreiben.

4) Vgl. dazu Baudry-Lacantinerie et Wahl, 23. Bd., Nr. 48 und Houpin et Bosvieux, 7. A. 1. Bd., Nr. 62.

5) Vgl. Artt. 1123 ff. C.civ. und Civ. 3.12.1850, D. 1851.1.42.

6) Civ. 16.4.1926, D. H. 1926.318.

in dem ein Minderjähriger Erbe eines Gesellschafters wurde und auf Grund der Nachfolgeklausel im Vertrag die Gesellschaft mit den anderen Gesellschaftern fortsetzte.¹⁾

Die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft ist also nur dann rechtswirksam, wenn er mindestens 18 Jahre alt und für volljährig erklärt worden ist, die Genehmigung des Inhabers der elterlichen Gewalt besitzt und als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen worden ist. Im einzelnen ist in der Lehre umstritten, ob die allgemeine Erlaubnis des Inhabers der elterlichen Gewalt genügt, daß der Minderjährige in jeder Hinsicht als Kaufmann auftreten kann,²⁾ oder ob für die Beteiligung an einem bestimmten Unternehmen eine besondere Erlaubnis erforderlich ist, insbesondere für den Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft, da hier das spezielle Haftungsrisiko besondere Sicherungsmaßnahmen zum Schutz des Minderjährigen verlangt.³⁾

Seit den Reformen der Jahre 1938, 1942 und 1958, welche die selbständige Handlungsfähigkeit der Ehefrau immer stärker festigten, ist es herrschende Lehre,⁴⁾ daß die Ehefrau ohne die Einwilligung des Mannes in eine Gesellschaft eintreten kann, wenn sie im Güterstand der Gütertrennung lebt oder wenn es sich im Rahmen anderer Güterstände bei ihrem Geschäftsanteil um Vorbehaltsgut handelt. Hat der Ehemann allgemein eine Erlaubnis dahingehend erteilt, daß die Frau als Kaufmann tätig werden darf, so ist für den Eintritt in eine bestimmte Handelsgesellschaft keine besondere Genehmigung mehr erforderlich. Die entgegenstehende Meinung läßt sich mit der

1) Req.23.10.1906, S.1908.1.177 m.Anm.v. Joseph Hémard; vgl. zu dieser Frage auch Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.481.

2) So Escarra, Nr.495.

3) So Hamel et Lagarde, aaO., Nr.444.

4) Vgl. Hémard, Nr.125; Hamel et Lagarde, aaO., Nr.445 und Escarra, Nr.495 ff.

heutigen Emanzipationstendenz nicht mehr vereinbaren.¹⁾

Die einmal erteilte Erlaubnis kann weder beim Minderjährigen noch bei der Ehefrau widerrufen werden, da der Gesellschaftsvertrag Dritten entgegengesetzt werden kann.

Ausländer können ebenfalls Gesellschafter von Zivil- und Handelsgesellschaften sein. Beamte und Inhaber besonderer Staatsämter, wie Gerichtsvollzieher oder Notare, können sich nur an Zivilgesellschaften, nicht aber an Handelsgesellschaften beteiligen, da ihnen jede gewerbliche Betätigung verboten ist.²⁾

b) Folgen einer fehlerhaften Beteiligung

Fehlt es bei einem der Gesellschafter eines Unternehmens an den gesetzlichen Voraussetzungen für seine ordentliche Gesellschaftereigenschaft, so ist seine Beteiligung fehlerhaft. Der Mangel bedingt für die Gesellschaft die Rechtsfolge der relativen Nichtigkeit, also der Anfechtbarkeit. Der Vertrag kann jedoch nur durch den Gesellschafter selbst, in dessen Person der Mangel begründet ist, oder von seinem gesetzlichen Vertreter angefochten werden (vgl. Art. 1125 C.civ.). Weitere Personen sind nicht anfechtungsberechtigt. Durch Genehmigung der Gesellschaftsbeteiligung seitens des gesetzlichen Vertreters besteht die Möglichkeit, den Mangel zu heilen, wenn der Rechtswirksamkeit der Beteiligung keine anderen Gründe entgegenstehen.³⁾

c) Folgen der unter Willensmängeln erfolgten Beteiligung

Ist der Gesellschaftsvertrag unter Willensmängeln zustande gekommen, so berührt diese Tatsache ebenfalls im wesentlichen nur das Verhältnis der Gesellschafter

1) Für die besondere Erlaubnis sprechen sich Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 445 aus, Escarra, Nr. 495 ff. (497) ist gegen diese Ansicht.

2) Vgl. dazu Houpin et Bosvieux, aaO., Nr. 68 und 74.

3) Vgl. dazu Baudry-Lacantinerie et Wahl, aaO., Nr. 81 und 88; Houpin et Bosvieux, aaO., Nr. 75; zu den weiteren Folgen vgl. unten 2. Abschnitt, I, 4f, Seite 70/71.

untereinander. Der getäuschte Gesellschafter besitzt die gleiche Rechtsposition wie der im gleichen Maße schutzwürdige, nicht volljährig erklärte Minderjährige, er kann auf Grund der eintretenden relativen Nichtigkeit den Vertrag anfechten. Die gerichtlich festgestellte Nichtigkeit der Beteiligung wirkt nur inter partes, hat also keine Drittwirkung gegen Gesellschaftsgläubiger. Die relative Nichtigkeit wird aus den allgemeinen Vorschriften der Artt. 1109 ff. C.civ. abgeleitet.¹⁾

III. Weitere Entstehungsmöglichkeiten einer "société de fait"

1. Das Weiterbestehen eines befristeten Gesellschafts- verhältnisses

Soll eine befristete Gesellschaft über die vereinbarte Zeit hinaus fortgeführt werden, so muß die Verlängerungsvereinbarung vor dem Zeitablauf und in der gleichen Form abgeschlossen und veröffentlicht werden, wie der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag.²⁾ Die verspätete, d.h. nach Vertragsablauf vorgenommene rückwirkende Verlängerung ist unwirksam. Setzt eine durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft ihre Tätigkeit fort, so wird sie Dritten gegenüber als faktische Gesellschaft behandelt. Die Folgen der fehlerhaften Fortsetzung werden dadurch beschränkt. Dies geschieht zur Wahrung der Interessen beteiligter Dritter, denen am Fortbestand der Gesellschaft gelegen sein könnte. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander entsteht nur eine Bruchteilsgemeinschaft in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen.³⁾

1) Vgl. Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 183; über die Folgerungen hieraus vgl. im einzelnen unten 2. Abschnitt, I 4f, Seite 70/71.

2) Vgl. Moreau, Nr. 159.

3) Vgl. Cour d'appel de Paris 29.6.1954, Gaz. Pal. 1954.2.281.

Beim fehlerhaften Weiterbestehen befristeter Gesellschaftsverhältnisse sind zwei Fälle zu unterscheiden: die verspätete und die stillschweigende Verlängerungsvereinbarung. In beiden Fällen leidet die Verlängerung an erheblichen Formmängeln. Gleichgültig ob eine verspätete oder stillschweigende Abrede getroffen wurde, ist ein Fortbestand der ursprünglichen Gesellschaft nicht möglich, weil die Verlängerungsabrede nicht in der gleichen Form getroffen und veröffentlicht wurde, wie die Gesellschaft gegründet worden war.¹⁾ Im Fall der verspäteten Verlängerung nimmt die Rechtsprechung unmittelbar das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft an.²⁾ Im Fall der "stillschweigenden Vereinbarung" wird indessen nur von einer "faktischen Verlängerung" oder "faktischen Vereinbarung" gesprochen, obwohl man zum gleichen Ergebnis kommt, nämlich zur Liquidation der Gesellschaft nach den Grundsätzen über die faktische Gesellschaft.³⁾ Dieses Ergebnis wird im Interesse der beteiligten Dritten von der herrschenden Lehre und Praxis⁴⁾ zu allen Erscheinungsformen der fehlerhaften Gesellschaftsverlängerung vertreten, gleichgültig ob man den Ausdruck "faktische Gesellschaft" oder "faktische Verlängerungsvereinbarung" gebraucht. Es darf daher gesagt werden, daß zugleich mit dem gerichtlichen Ausspruch der Nichtigkeit der Verlängerung eine faktische Gesellschaft entsteht. In der Praxis wird gleichzeitig mit dieser gerichtlichen Feststellung die Liquidation der entstandenen faktischen Gesellschaft angeordnet.⁴⁾

- 1) Ein Fall von verspäteter Verlängerung unter Beachtung der Formvorschriften ist aus der Rechtspr. nicht ersichtlich. Er müßte aber ebenfalls zur Annahme einer fakt.Ges.führen.
- 2) Vgl. Cass.18.12.1889, S.1893.1.467; Amiens 2.7.1892, D.1893 2.505.
- 3) Vgl. Cass.18.2.1924, Rev.Soc.1924,260; Paris 29.6.1954,aa0.
- 4) Vgl. dazu Moreau,Nr.159 m.w.Nachw. und die oben zit.Rspr.

2. Nicht als Gesellschaftsverträge qualifizierte andere Verträge

Besondere Bedeutung für die Entstehung einer faktischen Gesellschaft kommt einzelnen Verträgen zu, die von den Vertragsparteien nicht als Gesellschaftsverträge qualifiziert wurden, sich später jedoch als solche erweisen. Es ist dabei auf folgende, von der Rechtsprechung behandelte Hauptfälle hinzuweisen:

Die Cour d'appel von Douai¹⁾ würdigte eine "Interessengemeinschaft" zwischen mehreren Mitgliedern einer Familie, die zum Betrieb einer mechanischen Weberei seit mehr als 40 Jahren bestand, als faktische Gesellschaft. Die Mitglieder dieser "Interessengemeinschaft" besaßen eine gemeinsame Fabrik, nahmen am Rechtsverkehr teil und waren an Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt.

In einem anderen Fall sah der Kassationshof²⁾ in einem Vertrag zur ständigen Lieferung von Waren auf Kredit eine faktische stille Gesellschaft ("association de fait"), weil der Lieferant das Recht zur Überwachung der Geschäftstätigkeit und der Buchführung des Partners besaß.

Der Conseil d'Etat³⁾ erkannte in den Rechtsbeziehungen zwischen einem Wechselmakler und einem seiner Angestellten eine faktische Gesellschaft, weil sich der Angestellte an den Kosten der Geschäftseinrichtung beteiligt und mit dem Makler eine bestimmte Teilnahme an Gewinn und Verlust vereinbart hatte.

In ständiger Rechtsprechung stellen die Obergerichte ferner das Vorliegen faktischer Gesellschaften fest, wenn ein Handelsgewerbe von mehreren Personen unter gemeinsamer Firma und unter Verwendung der Namen mehrerer "Gesellschafter" ausgeübt wird.⁴⁾

1) Douai 17.1.1921, J.Soc.1921,455.

2) Cass.23.11.1925, J.Soc.1927,36.

3) Conseil d'Etat 5.7.1954, J.Soc.1955,23; D.1956,98.

4) Vgl.z.B. Cass.21.11.1949, J.Soc.1950,30 und Moreau,Nr.158 mit weiteren Nachweisen.

Auf die Existenz einer faktischen Gesellschaft wurde schliesslich geschlossen:

bei gemeinsamer Bekanntmachung der Errichtung eines Gewerbebetriebes durch mehrere Personen¹⁾;

bei gemeinsamer Bestellung von Waren oder Rohstoffen durch mehrere Personen zur Weiterveräusserung oder Verarbeitung²⁾

und bei der Beteiligung Dritter an Gewinn und Verlust des Unternehmens und völliger Gleichstellung der Vertragspartner³⁾. Hingegen begründet z.B. die Übernahme einer Wechselbürgschaft keine Vermutung für die Existenz einer faktischen Gesellschaft zwischen dem Avalisten und dem Bezogenen.⁴⁾

In Zusammenhang mit den nicht als Gesellschaftsverträgen gekennzeichneten Vertragsverhältnissen, hinter denen sich jedoch eine Handelsgesellschaft verbirgt, ist auch der Begriff der "société déguisée", der sog. "verschleierte Gesellschaft" zu erwähnen. Die Gesellschafter vereinbaren hier eine freie Mitarbeiterschaft oder ein Dienstverhältnis und verschleiern auf diese Weise die in Wirklichkeit vorhandene Handelsgesellschaft. Der Conseil d'Etat⁵⁾ beurteilte die Übertragung von Warenzeichen auf ein Unternehmen mit gleichzeitiger Beteiligung an der Geschäftsleitung als ein solches Gesellschaftsverhältnis. Die einzelnen Abreden, die sich auf Dienstleistungen und die Überlassung von Warenzeichen richteten, konnten nicht mehr selbständig, sondern nur als Teilakte des Gesellschaftsverhältnisses betrachtet werden.

1) Trib.com.Seine 11.7.1899, J.trib.com.1900,116.

2) Cass.3.4.1895, D.1895.1.433.

3) Cass.4.10.1895, D.1896.1.287 und Nîmes 13.12.1919, J.Soc. 1922,64.

4) Paris 12.12.1950, J.Soc.1952,93. Vgl. weitere Beispiele bei Moreau, Nr.158.

5) Conseil d'Etat 15.3.1946, J.Soc.1947,207.

3. Berufsvereinigungen als faktische Gesellschaften

Berufsständische Vereinigungen

neigen heute immer mehr dazu, selbständig in dem von ihnen vertretenen Gewerbebezweig in der Art eines Handelsgewerbes tätig zu werden. In Einzelfällen wird der erzielte Gewinn unter die Verbandsmitglieder verteilt. Dieses Verhalten hat die Rechtsprechung zur Prüfung der Frage veranlaßt, ob die eigene gewerbliche Betätigung des Verbandes noch mit den eigentlichen Verbandsaufgaben der Interessenvertretung der Mitglieder vereinbar ist.

In einer Entscheidung des Tribunal de commerce von Nizza¹⁾ wurde der Fachverband des Hotelgewerbes als faktische Handelsgesellschaft betrachtet, weil er sich nicht auf die Vertretung des Standesinteresses der Mitglieder beschränkt, sondern selbst Handelsgeschäfte abgeschlossen und den Erlös an die gewinnbeteiligten Mitglieder verteilt hatte, um diese in ihrer Wettbewerbsposition zu unterstützen. Der Hotelierverband besaß kein eigenes "Gesellschaftsvermögen" und war auch nicht im Handelsregister eingetragen. Über das Vermögen des Verbandes wurde in seiner Eigenschaft als "faktische Handelsgesellschaft" der Konkurs eröffnet.

Diese Entscheidung wurde von der Cour d'Aix mit Urteil vom 13.5.1956²⁾ mit der Begründung aufgehoben, daß ein sich wirtschaftlich betätigender Berufsverband dann nicht als Handelsgesellschaft zu betrachten sei, wenn er unter strikter Einhaltung der Bestimmungen des Syndikatsgesetzes vom 21.3.1884 gegründet worden sei und nur Mitglieder mit gleichem Beruf besitze, welche auf den branchentypischen Handel spezialisiert seien. Die Zielsetzung des Verbandes, den Konkurrenzkampf der Mitglieder durch eigene wirtschaftliche Maßnahmen zu erleichtern, führe noch nicht zur Annahme einer Handelsgesellschaft, wenn der Verband im übrigen weiter nach den Grundsätzen des Gesetzes vom 21.3.1884 organisiert und auch geführt werde.

1) Nice 16.6.1954, Gaz.Pal.1954.2.369.

2) Cour d'Aix 13.5.1956, J.C.P.1957,Nr.9815.

Diese Entscheidung ist im Schrifttum nicht unangefochten geblieben.¹⁾ Ebenso wie die Cour d'Aix lehnte auch die Cour de Paris²⁾ die Annahme einer faktischen Handelsgesellschaft trotz kommerzieller Betätigung einer berufsständischen Vereinigung ab, wenn sie nach den Vorschriften des Gesetzes vom 21.3.1884 organisiert ist. Der Kassationshof schliesslich machte die Annahme einer faktischen Handelsgesellschaft vom Kriterium der Gewinn- und Verlustbeteiligung der Verbandsmitglieder abhängig und erklärte, daß die Gewinnausschüttung auf Grund kommerzieller Betätigung niemals Zweck einer berufsständischen Vereinigung sein könne.³⁾

1) Vgl. Moreau, Nr. 157.

2) Vgl. Paris 12.1.1931, Gaz. Pal. 1931, 1, 492.

3) Vgl. Cass. 4.4.1933, Gaz. Pal. 1933, 2, 81 und S. 1933, 1, 226.

IV. Die Theorien von der "société de fait".

1. Die Problematik der "société de fait".

Die Problematik der "société de fait" liegt in der rechtlichen Würdigung der Betätigung einer fehlerhaften Gesellschaft im Wirtschaftsleben. Es handelt sich dabei vor allem um die Frage nach der Art und Weise der Liquidation. Dies wird in Literatur und Rechtsprechung zur "société de fait" immer wieder betont.¹⁾

Solange die Gesellschaft ihre Tätigkeit noch nicht aufgenommen hat, können sich auch keine Interessenkollisionen mit Dritten ergeben. Bei der rechtlichen Beurteilung der erfolgten Betätigung handelt es sich um die Frage der Schutzwürdigkeit der Interessen der verschiedenen Beteiligten. Ob die Interessenlage die Konstruktion einer rechtswirksamen Vereinigung erfordert oder ob sie die Liquidation der vorhandenen faktischen Verhältnisse als hinreichend erscheinen läßt, darüber gehen die Meinungen auseinander. Jedoch wird als notwendige Voraussetzung einhellig eine tätig gewordene Gesellschaft gefordert, die als fehlerhaft erkannt und durch gerichtliche Entscheidung für nichtig erklärt worden ist.²⁾

Von der "société de fait" ist die sog. "société apparente", d.h. die "Anscheinsgesellschaft" zu unterscheiden. Eine große Anzahl von "sociétés de fait" sind gleichzeitig "sociétés apparentes". Die Anscheinsgesellschaft wird durch folgende drei Wesensmerkmale gekennzeichnet:

- a) durch ein verborgenes Element: die Inexistenz der Gesellschaft;
- b) durch ein sichtbares Element: nämlich den Rechtsschein, den sie bei ihrem Auftreten im Rechtsleben setzt und

1) Vgl. Moreau, Nr. 172 und Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 177 m.w.Nachw.

2) Vgl. Escarra, Nr. 588; Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 459; Jean Hémard, S. 133 m.w.Nachw. und Req. 24.5.1913, D. 1916.1.264.

- c) durch ein psychologisches Element: nämlich die Unkenntnis gutgläubiger Dritter, welche die wahren Verhältnisse nicht erkennen.

Am bedeutsamsten ist das Merkmal, daß die "société apparante" von der Inexistenz betroffen wird. Sie erscheint demnach dann, wenn unerläßliche Bestandteile einer Gesellschaft fehlen: die Bildung eines gemeinsamen Vermögens durch Einlagen¹⁾; die Teilnahme aller Gesellschafter an Gewinn und Verlust²⁾ oder die affectio societatis³⁾. "Sociétés de fait", die an einem dieser Mängel leiden, sind zugleich "sociétés apparantes". Andere "sociétés de fait" brauchen nicht gleichzeitig als Anscheinsgesellschaften aufzutreten.⁴⁾ Dies kann z.B. bei einer faktischen Konkubinatsgesellschaft in der Form einer "société créée de fait" der Fall sein, die deshalb nicht von der Inexistenz betroffen wird, weil man ihr eine affectio societatis zubilligt.⁵⁾

- a) Die rechtliche Behandlung der "société de fait" seit dem Inkrafttreten der napoleonischen Kodifikationen.

Bei dem Bemühen um eine rechtliche Regelung, die den Interessen aller Beteiligten gerecht wird, ging man davon aus, daß der Begriff des Gesellschaftsvertrags als eines Grundpfeilers des Gesellschaftsrechts nicht

1) Vgl. dazu oben II,2, Seite 17/18.

2) Vgl. dazu oben II,3, Seite 18 ff. In diesem Fall ist die generelle Annahme der Rechtsfolge der Inexistenz bestritten.

3) Vgl. dazu oben II,4, Seite 20 ff.

4) Vgl. zu diesen Fragen im einzelnen bei Calais-Auloy, Nr.129 ff.

5) Vgl. oben II,4, Seite 20 ff.

aufgegeben werden dürfe. Dabei dachte man in Frankreich von vornherein nicht daran, die bloße Betätigung des Unternehmens im Wirtschaftsleben als eine dem Vertrag gleichwertige Entstehungsgrundlage zu werten und damit das Erfordernis des Gesellschaftsvertrags aufzugeben,¹⁾ da dies dem hohen Ansehen, das der Code Napoléon besonders im 19. Jahrhundert genoß, und der damit verbundenen "Unantastbarkeit" entgegenstand, die noch heute eine umfassende Reform des Code Civil entscheidend erschwert.²⁾ Weiter ist zu bedenken, daß in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts die exegetische Schule die Lehre beherrschte, die sich größtmögliche Gesetzestreue zur Pflicht machte. Man sah daher den Sinn der neuen Lehre in der Begrenzung der gesetzlichen Nichtigkeitswirkungen und Anfechtungsmöglichkeiten. Keinesfalls wollte man das Vertragsprinzip durchbrechen und das faktische Wirken der "société de fait" als neue, vollwertige Entstehungsgrundlage für Gesellschaften betrachtet wissen. So subsumierten Lehre und Rechtsprechung unter den Begriff "société de fait" nicht eine Gesellschaft, die rechtlich gesehen kraft faktischer Betätigung entsteht, sondern verstanden darunter lediglich eine Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage, die durch ihr Auftreten bereits tief in die Wirtschafts- und Sozialsphäre eingegriffen hat, so daß sie wegen ihrer Errichtungsmängel oder wegen anderer Fehler unmöglich als überhaupt nicht vorhanden gewertet werden darf. Ihrer Tätigkeit sind im Gegenteil gewisse rechtliche Auswirkungen nicht abzuerkennen.

b) Anzeichen für eine veränderte Bedeutung der "société de fait" in der heutigen Rechtslehre.

Seit einigen Jahren beschäftigt sich die Lehre besonders eingehend mit den im Rechtsleben immer stärker in Erscheinung tretenden faktischen Vertragsverhält-

1) So im deutschen Recht Siebert in der Festschrift für Hedemann, 1938, S.266 ff.

2) Die Kommission zur Reform des Code Civil ist bereits seit 1945 an der Arbeit.

nissen und versucht, ihre Stellung innerhalb des Privatrechtssystems festzulegen. Es ist hier insbesondere auf die Bemühungen der "Association Henri Capitant pour la culture juridique française" hinzuweisen, die im Rahmen ihrer Jahrestagung von 1957 den Fragenkreis ausführlich erörtert hat. Als wesentlichstes Ergebnis zeigte sich dort das Bestreben der Lehre der Gegenwart, zwischen den Geboten der Rechtsordnung und den wirtschafts- und sozialpolitischen Forderungen zu vermitteln, die sich im Einzelfall bei einem fehlerhaften Unternehmen gegenüberstehen.¹⁾

Daneben haben die Ausführungen Savatiers für die Klärung der Grundsatzfragen der faktischen Vertragsverhältnisse besondere Bedeutung.²⁾ Savatier weist darauf hin, daß der Gedanke des Faktischen in der Lehre der Gegenwart immer mehr Raum gewinne. Neben den faktischen Vertragsverhältnissen (Gesellschafts-, Arbeits-, Mietvertrag) finde der Gedanke (anders als in Deutschland) sogar Eingang in das Familienrecht als "faktische Vormundschaft"³⁾, "faktische Kindschaft"⁴⁾, "faktische Trennung von Tisch und Bett"⁵⁾ oder sogar als "faktische Ehe"⁶⁾. Während man aus solchen faktischen Verhältnissen früher nur Verpflichtungen für die Betroffenen abgeleitet habe, ohne ihnen daraus Rechte zuzubilligen, bestehe heute die Tendenz, in der tatsächlichen Lage der Umstände nicht nur einen Verpflichtungsgrund, sondern auch eine subjektive Rechtsquelle zugunsten derjenigen zu sehen, welche sie geschaffen hätten. Das zeige sich besonders deutlich am Beispiel der freien Ehe. Während man hier früher nur Verpflichtungen der Partner (z.B. zum Wohle der Kinder) gesehen habe, gehe man heute dazu über, auch Rechte abzuleiten; das

- 1) Vgl. Jean Hémard, S.157: "Il fallait réaliser une transaction entre l'impératif juridique, qui postule que les situations contraires au droit soient annulées, et l'impératif économique ainsi que les exigences de l'équité, qui ne permettent pas d'ignorer les opérations qui ont été faites."
- 2) Vgl. René Savatier in Etudes Ripert, Bd.I, 1950, S.79.
- 3) Frz.: "tutelle de fait". 4) Frz.: "filiation de fait".
- 5) Frz.: "séparation de fait". 6) Frz.: "union de fait" oder "ménage de fait" oder "mariage de fait".

gelte besonders für die Konkubinatsgesellschaft. Savatier führt diese Entwicklung auf drei Hauptgründe zurück: 1. auf die Tendenz zur Rechtsvereinfachung, 2. auf den schnellen Fortschritt von Naturwissenschaften und Technik, der eine rasche Rechtsfortentwicklung fordere, und 3. auf die verstärkte Neigung zu einer sog. "realistischen Betrachtungsweise" der faktischen Vertragsverhältnisse oder anderer Dauerrechtsverhältnisse, die oft lediglich auf Grund ihrer Existenz als rechtlich vollwertig gewürdigt würden. Savatier warnt vor der letzteren für ihn abwegigen Vorstellung, da sie die Grundlagen der Rechtsordnung zerstören würde. Die Aufgabe der Rechtslehre bestehe darin, zu einer Rechtsentwicklung beizutragen, die den fortentwickelten Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung trage, sich aber bei der Würdigung des Faktischen bei aller Dynamik des Rechtslebens der konstanten Erfordernisse des Rechtssystems bewußt bleibe.

Houin schließlich betrachtet die Konstruktion der faktischen Vertragsverhältnisse als ein Mittel, um unbillige Ergebnisse auszuschließen, die sich aus der uneingeschränkten Anwendung der allgemeinen Vorschriften ergeben würden, spricht aber andererseits auch von der Möglichkeit der Rechtsfortbildung, die sich aus den einzelnen Konstruktionen zu den verschiedenen Anwendungsfällen ergeben solle.¹⁾

Aus dem heutigen Stand der Diskussion um die faktischen Vertragsverhältnisse ist zu erkennen, daß man ihren Sinn nach wie vor im wesentlichen in der Nichtigkeitsbeschränkung sieht. Nur gelegentlich wird die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung durch diese Verhältnisse und Lebens-tatbestände erwähnt, ohne daß der Gedanke weiter ausgeführt wird. Soweit irgend möglich ist man bemüht, zwischen dem Faktischen und der Rechtsordnung einen Kompromiss zustande zu bringen.

1) Roger Houin in Rev.int.dr.comp. 1958, S.85.

2. Die Theorie der "nullité-dissolution".

Bei der "société de fait" handelt es sich um eine Gesellschaft im Rechtssinn. Sie muß daher die Mindestvoraussetzungen erfüllen, die Art.1832 C.civ. nennt. Ein Gesellschaftsvermögen, die Gewinn- und Verlustbeteiligung, sowie die "affectio societatis" sind unabdingbare Grundelemente für ein Eingehen auf die Fragen der "société de fait".¹⁾

Nach den Vertretern der Theorie der "nullité-dissolution"²⁾ soll die fehlerhafte Gesellschaft wie eine rechtswirksame, im Stadium der Liquidation befindliche Gesellschaft behandelt werden. Alle bisherigen Rechtsbeziehungen sollen in der Weise Geltung besitzen, wie sie eingegangen wurden, während für die Zukunft die absolute Nichtigkeit der Gesellschaft vorgesehen ist. Das System beruht also auf der "nullité", der Nichtigkeitserklärung für die Zukunft auf der einen Seite, während für die Vergangenheit lediglich die Auflösung - "dissolution" - eintreten soll, d.h. die Ansprüche aller Beteiligten werden so behandelt, als ob eine normale Liquidation durchgeführt würde. Grundlage für die Durchführung der Auseinandersetzung ist in jedem Fall der Gesellschaftsvertrag; das gilt auch für die Rechte und Pflichten der Gesellschafter bis zur Beendigung der Liquidation. Der Gesellschaftsvertrag wird trotz seiner Fehlerhaftigkeit deshalb herangezogen, weil er im Zweifel die Absichten der Gesellschafter auch für den Fall ausdrückt, daß er sich wegen einzelner Fehler nachträglich insgesamt als ungültig erweist. Anders ist es bei unmittelbar von Willensmängeln betroffenen Vertragsbestimmungen, z.B. bei einem Irrtum über die Grundlagen der Gewinnverteilung. An ihre Stelle soll die gesetzliche Regelung über die Teilnahme an Gewinn und Verlust, nämlich die Vorschriften der Artt.1853 ff. C.civ. treten.

1) Das ist in Lehre und Rechtsprechung einhellige Ansicht. (Vgl. z.B. Civ.20.7.1908, D.1909.1.93; Civ.2.3.1931, D.H.1931.285 und Civ.3.11.1953, D.H.1953.731).

2) Hémard, Nr.352 ff.; Molinier, Bd.I, Nr.290 ff.; Boistel, Nr.350 f.; Ripert et Boulanger, Bd.III, Nr.2199 und mit Einschr. Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.459 f.

Die "société de fait" stellt also nach der Nullité-dissolution-Theorie einen Vertrag mit Innen- und Außenwirkung dar und hat wie eine rechtswirksame Gesellschaft volle Rechtspersönlichkeit gegenüber den Gesellschaftern sowie Dritten, was ihre Rechtsverhältnisse bis zur Beendigung der Liquidation anlangt. Nach diesem Zeitpunkt kann sie keine rechtserhebliche Aktivität mehr entfalten.¹⁾

Die Vertreter dieser Theorie wollen ihre Überlegungen nur auf fehlerhafte, irreguläre Gesellschaften anwenden und verstehen hierunter nicht auch diejenigen Vereinigungen, die auf einer gesetz- oder sittenwidrigen Grundlage aufgebaut sind. Abgesehen von diesen Ausnahmen sollen alle möglichen Fehler zur Annahme einer "société de fait" führen. Dies wird damit begründet, daß im Falle einer sittenwidrigen Geschäftsgrundlage, z.B. bei einer Gesellschaft für Rauschgift-handel, das öffentliche Interesse, der "ordre public", die Anerkennung als "société de fait" verbiete. Rechtsfehler, die auf der Verletzung unabdingbarer Normen beruhen²⁾, könnten deshalb nicht einmal zu einer Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage führen, die nach Gesellschaftsrecht gewürdigt wird. Es könne sich hierbei nur um einfache Gemeinschaften handeln, die durch schlichte Teilung auseinanderzusetzen seien.

Da ungesetzliche und sittenwidrige Gesellschaften nicht als "sociétés de fait" im Sinne der Nullité-dissolution-Theorie anerkannt werden, ist das Anwendungsgebiet der Grundsätze über die faktische Gesellschaft insoweit eingeengt. In diesen Fällen haften die "Gesellschafter" persönlich für entstandene Verbindlichkeiten des Unternehmens. Etwaige Vertragsbestimmungen bleiben unberücksichtigt.

1) Die Wichtigkeitsentscheidung, welche die Liquidation einleitet, muß in einem gesetzlichen Anzeigenblatt unter Angabe von Namen und Adressen der Liquidatoren veröffentlicht werden; vgl. Art. 59 Abs. 2 des Gesetzes vom 24.7.1867 und Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes vom 7.3.1925. Ferner ist der Wichtigkeitsvermerk im Handelsregister einzutragen, andernfalls ist die Wichtigkeit Dritten nicht entgegengesetzbar; vgl. Art. 64 Ziff. 10 C.com. n.F.

2) Vgl. dazu Art. 1131 ff. C.civ.

3. Die erweiterte Theorie der "société de fait"

a) Der Anwendungsbereich der Theorie

aa) Die "société de fait"

Die Ansichten der Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie fanden in der Literatur nicht viele Freunde, da es ja gerade der Sinn des Instituts der "société de fait" ist, möglichst alle an Mängeln leidenden Vereinigungen zu berücksichtigen und in das Rechtsleben einzuordnen, nicht aber, den Stab über sie zu brechen, indem man eine vorgegebene faktische Situation ignoriert. Die herrschende Lehre¹⁾ ist sich deshalb mit der überwiegenden Rechtsprechung darüber einig, daß der Begriff der "société de fait", was den Anwendungsbereich betrifft, weit zu fassen ist: nach ihrer Ansicht fallen darunter alle für nichtig erklärten Gesellschaften, die vor ihrer Nichtigkeitserklärung bereits die Geschäfte aufgenommen hatten und den Grundbedingungen des Art. 1832 C.civ. entsprechen. Diese Lehre hält also ebenfalls am Vertragsbegriff fest. Auch Unternehmen auf ungesetzlicher Grundlage oder mit ungesetzlichem, bzw. sittenwidrigem Zweck können als "société de fait" betrachtet werden. Wie weit diese im einzelnen sehr umstrittene Anerkennung geht, ob sie z.B. nur die Innengesellschaft erfaßt, wird unten bei der Erörterung der Einzelfragen darzustellen sein. Nach der Meinung

1) Aubry et Rau, 6. Bd., S. 22; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, par Percerou, 12. Bd., Nr. 420 ff.; Escarra, Nr. 588 f.; Escarra et Rault Bd. I, Nr. 179 ff.; Lacour et Bouteron, Bd. I, Nr. 214; Moliérac, Bd. I, Nr. 69; Pic et Kreher, Bd. I, Nr. 517; Planiol et Ripert 11. Bd., Nr. 1072; Ripert, Bd. I, Nr. 626; Ripert et Durand et Roblot Bd. I, Nr. 662; Taller et Percerou, Bd. I, Nr. 342.
Rspr.: vgl. die unten zu den einzelnen Fragen zitierten Urteile.

der Rechtsprechung ist grundsätzlich jede Gemeinschaft trotz der Regel "nemo auditur turpitudinem suam allegans" zu liquidieren, da man nicht einfach die Konfiskation des Vermögens verfügen könne.¹⁾

bb) Die "société créée de fait"

Neben den Gesellschaften, die auf einem schriftlichen Vertrag beruhen, sind auch solche denkbar, die weder einen schriftlichen, noch einen mündlichen Vertrag aufweisen können, wie er im Rahmen des Art.1834 Abs.1 C.civ. zulässig ist. In solchen Fällen stellt man lediglich auf die faktischen Gesellschaftsbeziehungen ab, in deren Sphäre allerdings die Grundvoraussetzungen des Art.1832 C.civ. erkennbar sein müssen.²⁾ Die affectio societatis läßt sich hier nicht aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ableiten, sondern muß sich aus den allgemeinen Verhältnissen des Gebildes ergeben, d.h. aus dem rein tatsächlichen Zusammenwirken, nämlich der Vereinigung von Arbeitskraft und Vermögen zur Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes. Aus dem Willen der Partner, den daraus entstehenden Gewinn zu teilen, ergibt sich die weitere Voraussetzung des Art.1832 C.civ.

Eine solche Gemeinschaft, die nicht einmal nach juristischen Gesichtspunkten gegründet wurde, wie dies bei der fehlerhaften Gesellschaft sonst der Fall ist, sondern nur durch die Untersuchung ihrer faktischen Verhältnisse die Struktur einer Gesellschaft erkennen läßt, wird als "société créée de fait", als "faktisch gegründete Gesellschaft" bezeichnet. Sie wird von der erweiterten Theorie der "société de fait" mit umschlossen. Sie ist von der nur mündlich geschlossenen

-
- 1) Req.18.10.1886, D.1887.1.340 und Civ.25.1.1887, D.1887.1.465. Vgl. auch hierzu unten die Lösungen zu den Einzelfragen.
 - 2) Com. 18.1.1949, Bull.civ. 1949 II 42 und Com.8.6.1953, Bull.civ.1953 III 149.

Gesellschaft genau zu unterscheiden, die nach Art.1834 Abs.1 C.civ. zulässig ist, wenn ihr Vermögen 50 Neue Francs nicht übersteigt.¹⁾

Die Rechtsprechung beschäftigt sich bereits seit langem mit den Fragen, die mit dem Auftreten der "société créée de fait" zusammenhängen. Bereits in einer Entscheidung des Kassationshofs aus dem Jahre 1806²⁾ wurde festgestellt, daß die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter auch aus Gesellschaften abgeleitet werden könne, die unter Verletzung der Vorschriften der Verordnung über das Handelsrecht von 1673 lediglich "re ipsa" zustande gekommen seien. Die Anerkennung solcher Vereinigungen wurde später mit dem Zweck begründet, daß auf diese Weise eine zur Befriedigung der Gläubigerinteressen erforderliche Gesamthandgemeinschaft gebildet werden könne.³⁾ Praktische Anwendungsfälle der "faktisch gegründeten Gesellschaft" ergeben sich meistens aus dem Bestreben Einzelner, persönliche Verpflichtungen auf einen "faktischen Gesellschafter" abzuwälzen. Die Rechtsprechung hatte sich mit den verschiedenartigsten Erscheinungsformen auseinanderzusetzen; es seien dazu folgende Beispiele genannt: a) ein Schadensersatzpflichtiger will seinen "Mitgesellschafter" zur Ersatzleistung heranziehen⁴⁾; b) ein Konkursverfahren soll auf die "Gesellschafter" ausgedehnt werden⁵⁾;

1) Zur soc.créée d.f. vgl. Hamel et Lagarde, Bd.I, Nr.459; Hémard, Nr.150 ff.; Jean Hémard, S.148 ff.; Moliérac, Nr.69; Escarra et Rault, Bd.I, Nr.176; Houpin et Bosvieux, Bd.I, Nr.107; Planiol et Ripert, aaO., Nr.981 ff. Die soc.créée d.f. wird auch von den Vertretern der Nullité-dissolution-Theorie anerkannt.

2) Cour de cassation 11.4.1806, S.chron.(unter diesem Datum).

3) Req.26.5.1913, S.1913.1.565.

4) Com.3.11.1953, Bull.civ.1953 III 239.

5) Aix 15.5.1956, J.C.P. 1957 II 9815.

c) aus einem Arbeitsvertrag soll ein Gesellschaftsvertrag werden¹⁾ oder Steuerlasten sollen auf mehrere "Gesellschafter" abgewälzt werden.²⁾ Einmal wurde die faktisch gegründete Gesellschaft auch im Rahmen einer Erbengemeinschaft angenommen, die den Betrieb des Erblassers weiterführte, ohne die Rechtsverhältnisse zu klären, die sich aus der Betriebsübernahme ergaben.³⁾ Schließlich spielte sie in Familienbetrieben eine Rolle, wo den mitarbeitenden Kindern einmal eine Gesellschaftserstellung zugestimmt, ein anderes Mal verweigert wurde.⁴⁾

Von besonderer Bedeutung ist der erwähnte Fall der Geschäftsfortführung. Wird eine durch Tod oder Konkurs eines Gesellschafters oder durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft ohne Beachtung der für die Fortsetzung bestehenden Formvorschriften (vgl. Artt. 1866, 1834 C.civ.) weitergeführt, so geschieht dies in der Form der "société créée de fait", wenn der Wille der Parteien auf die Fortsetzung des Unternehmens gerichtet ist und der Gesellschaftszweck der gleiche bleibt.⁵⁾

Der Hauptanwendungsfall neben diesen vielen Einzelfällen ist in der gegenwärtigen Rechtsprechung die Konkubinatsgesellschaft.⁶⁾ Ebenso wie in den oben zitierten Fällen, in denen die Abwälzung einer Schadensersatzpflicht oder einer anderen Verpflichtung mit Hilfe der Konstruktion der faktisch gegründeten Gesellschaft versucht wird, bleibt

-
- 1) Com. 8.6.1953, Bull. civ. 1953 III 149.
 - 2) Conseil d'Etat 15.11.1955, J.C.P. 1956 II 9301.
 - 3) Req. 23.11.1925, S. 1928.1.93; Req. 7.6.1932, S. 1933.1.12; Besançon 25.3.1952, D. 1952, Somm. 68; vgl. auch Ripert, Bd. I, 1959, Nr. 626.
 - 4) Conseil d'Etat 30.7.1947 und 9.1.1948, J.C.P. 1948 II 4470.
 - 5) Civ. 18.12.1889, S. 1893.1.467; Com. 9.10.1956, Bull. civ. 1956 III 194; Com. 5.12.1956, Bull. civ. 1956 III 289.
 - 6) Vgl. dazu oben 1. Abschnitt, II, 4, Seite 20 ff. mit zahlr. Nachweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

die Rechtsprechung in Bezug auf die rechtliche Anerkennung der behaupteten Gesellschaftsverhältnisse auch bei der Konkubinatsgesellschaft sehr zurückhaltend. In der Mehrzahl der Fälle der vielen Formen, unter denen die "sociétés créées de fait" auftreten, gelingt es nicht, die Grundbedingungen des Art. 1832 C.civ., insbesondere die "affectio societatis", nachzuweisen.¹⁾

Die faktisch gegründete Gesellschaft kann nur in der Form einer Personalgesellschaft auftreten, weil aus der bloßen Zusammenarbeit der Gesellschafter die komplizierte Struktur einer Kapitalgesellschaft nicht abgeleitet werden kann.²⁾ Im Regelfall nimmt man eine offene Handelsgesellschaft³⁾, unter Umständen auch eine Kommanditgesellschaft⁴⁾ an. Es kann sich aber auch der Fall einer stillen Gesellschaft ergeben.⁵⁾ Daneben ist die faktisch gegründete Gesellschaft auch zwischen einer natürlichen Person und einer Gesellschaft oder zwischen mehreren Gesellschaften denkbar,⁶⁾ jedoch kann unabhängig von der Form der vereinigten Gesellschaften immer nur eine Personalgesellschaft entstehen.⁷⁾

1) Einer der wenigen Fälle, in denen dies gelang, findet sich in dem Urteil Com. 9.6.1958, Bull. civ. 1958 III 190, in dem eine faktisch gegründete Gesellschaft aus der Zusammenarbeit zweier Makler abgeleitet wurde; der eine wurde nicht als Angestellter des anderen betrachtet, sondern es wurde unterstellt, er habe seine Arbeitskraft in die "Gesellschaft" eingebracht, in der Absicht, auf der Ebene der Gleichstellung mit dem anderen zusammenzuarbeiten.

2) Vgl. Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 176 und Hémar, Nr. 150.

3) Req. 28.4.1913, S. 1913.1.564.

4) Toulouse, 15.6.1910, J. Soc. 1910.518.

5) Paris, 12.12.1950, J. Soc. 1952.93.

6) Rouen, 12.3.1956, zit. in J.C.P. 1957 II 9922 (Ann.).

7) So Douai, 11.3.1937, J. Not. 1937.775, grundsätzlich ablehnend hingegen Aix, 20.11.1956, J.C.P. 1957 II 9922.

In der Literatur und besonders in der Rechtsprechung wird terminologisch zwischen "société de fait" und "société créée de fait" meistens keine genaue Trennung vorgenommen. Es wird daher im folgenden allgemein nur von der "société de fait" die Rede sein, worunter dann auch diejenigen Vereinigungen subsummiert werden, die "nur tatsächlich" gegründet wurden, sofern sich kein besonderer Anlaß für eine sprachliche Unterscheidung aus der Einzelfrage heraus ergibt.

b) Die Durchführung der Theorie

Während die dargestellte Lehre im Hinblick auf den Anwendungsbereich weitergeht, als die Theorie der Nullité-dissolution, und deshalb als "erweiterte Theorie" bezeichnet wird, machen bezüglich der rechtlichen Konstruktion der faktischen Gesellschaft die Vertreter der erweiterten Theorie gewisse Einschränkungen geltend. In Übereinstimmung mit der Mehrheit der Rechtsprechung wollen sie die "société de fait" nur insoweit als rechtserheblich anerkennen, als es die Interessen der Beteiligten, insbesondere aber das Verkehrsinteresse, zwingend erfordern. Die Liquidation soll grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgen, weil der fehlerhafte Vertrag für die bisherigen Rechtsbeziehungen Bestand habe. Als juristische Person im Außenverhältnis zu Dritten solle sie aber als nichtig betrachtet werden.

Für die Zukunft könne dem Gebilde auch durch die erweiterte Theorie nicht zur Rechtswirksamkeit verholfen werden, weil der Gedanke der "société de fait" nur soweit ausgedehnt werden dürfe, als es die auftretende Interessenlage unbedingt erfordere. Die Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit werde diesen Interessen voll gerecht.

Obwohl die erweiterte Theorie in der Behandlung der "société de fait" als juristische Person nicht so weit geht, wie die Nullité-dissolution-Theorie, läuft sie auf einen größeren Anwendungsbereich hinaus, weil sie es durch die Verweigerung der Rechtsfähigkeit vermeidet, bei gesetz- und sittenwidrigen Unternehmen mit dem "ordre public" in Konflikt zu kommen, der sich in diesen Fällen gerade gegen die Anerkennung einer mit einem derartig tiefgreifenden Fehler behafteten Gesellschaft als vollwertige juristische Person wendet. Die Trennung wird allerdings nur dadurch möglich, daß man streng unterscheidet zwischen der Gesellschaft als Vertrag - im Innenverhältnis der Gesellschafter - und als juristischer Person - im Außenverhältnis zu Dritten - und sie im praktischen Anwendungsfall einmal als Vertrag bei den Verhältnissen der Gesellschafter untereinander wirksam sein läßt, sie aber im Verhältnis zu Dritten als juristische Person als nichtig betrachtet.

Diese Konstruktion einer "Gesellschaft mit dem Januskopf" wird von der Nullité-dissolution-Theorie angegriffen, weil sie dem Wesen der "société de fait" widerspreche, wodurch gerade die Verflechtungen mit Dritten berücksichtigt werden sollen.¹⁾ Sie wird auch in der Rechtsprechung vielfach kritisiert, die in diesen Fragen keineswegs einheitlich ist.²⁾

Die Entscheidung über die volle Rechtswirksamkeit der "société de fait" mit allen gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen ist also in beiden Theorien nur insoweit einheitlich, als es um die Beziehungen der Gesellschafter untereinander geht. Hier wird der "société de fait" in jedem Fall volle Wirk-

1) vgl. Hémard, Nr.353 ff.

2) vgl. dazu die Darstellung der versch.Auff.d.Rspr. zur Liquidation der sittenwidrigen Gesellschaft unten 2.Abschnitt, I,4.,Seite 69.

samkeit ihres Vertrages zugestanden. Anders verhält es sich aber auf dem weiteren Gebiet der Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten. Nach der erweiterten Theorie soll es hier vom Willen dieser Dritten abhängen, ob die Gesellschaft für ihre bisherige Tätigkeit rechtswirksam ist oder nicht. Das wird im Wege eines "Wahlrechts" (sog. "droit d'option")¹⁾ entschieden, das von den Dritten im Prozess ausgeübt wird. Weil es dabei meist zur Wahl der absoluten Nichtigkeit der Außengesellschaft kommt, wird die "société de fait" in ihrem Wesen als Gesellschaft aufgegeben und zu einer einfachen, teilbaren Gemeinschaft degradiert. Da die Nullité-dissolution-Theorie ein Wahlrecht der beteiligten Dritten nicht anerkennt, sondern der "société de fait" von vornherein alle Gesellschaftseigenschaften zubilligt, ist sie - von dieser Frage her gesehen - die weitergehende Theorie. Im Rahmen dieser Darstellung soll es aber bei den gewählten Bezeichnungen bleiben, die in der Lehre in dieser Form üblich und bekannt sind.²⁾

Wie in der Grundkonzeption, gibt es auch im einzelnen erhebliche Unterschiede in Konstruktion und Auswirkung der beiden Theorien. Im folgenden zweiten Abschnitt der Ausführungen über die "société de fait" soll versucht werden, die sich hieraus ergebenden Probleme mit ihren Lösungen darzustellen.

1) Näheres vgl. unten 2. Abschnitt, I, 1, Seite 56 ff. und II, 1, Seite 74 ff.

2) Vgl. z.B. Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461 ("la société de fait au sens large") oder Rép. Com. Bd. III, Stichwort "société de fait", Nr. 7: "C'est dans le sens le plus large, que les termes "société de fait" sont employés par la majorité de la doctrine. Se rallier à cette acception large ... c'est embrasser dans son ensemble le problème des activités sociales de fait."

Zweiter Abschnitt: Die Behandlung der "société de fait"

I. Die Behandlung im Innenverhältnis

1. Die Bedeutung des Gesellschaftsvertrags

Die fehlerhafte Gesellschaft bewahrt ihre Existenz wie eine voll rechtswirksame Gesellschaft, solange sie nicht gerichtlich (durch rechtsgestaltendes Urteil) für nichtig erklärt worden ist. Das bedeutet, daß die "société de fait" wie eine ordnungsgemäße Gesellschaft aufgelöst werden kann, solange niemand die Nichtigkeitsklage erhebt.

Dies gilt auch für die "sociétés créées de fait". Da diese indessen nur die Rechtsform von Personalgesellschaften annehmen können, beschränken sich ihre Auflösungsmöglichkeiten auf die entsprechenden, für Personalgesellschaften eröffneten Auflösungsmethoden.

Eine "société de fait" kann demnach - solange niemand die Nichtigkeitsklage erhoben hat - im wesentlichen aus folgenden Gründen aufgelöst werden: durch Zeitablauf, wenn die Gesellschaft auf Zeit abgeschlossen wurde und keine Verlängerung vereinbart wird; durch ungewollten Wegfall des Gesellschaftszwecks; durch Erreichung des Gesellschaftszwecks; durch Tod, Konkurs oder Berufsverbot eines Gesellschafters oder durch Beschluß der Gesellschafterversammlung.¹⁾

Nach Ausspruch der Nichtigkeit durch das Gericht muß die Gesellschaft liquidiert werden. Die Art und Weise der Auseinandersetzung hängt in erster Linie vom bisherigen Umfang der Betätigung und der daraus folgenden wirtschaftlichen und rechtlichen Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber Dritten ab.

1) Vgl. Einzelheiten bei Moreau, Nr.171, mit weiteren, selteneren Auflösungsgründen.

a) Die Vorgesellschaft

Hat die Gesellschaft noch keine Aktivität im Wirtschaftsleben entfaltet, so bietet die Auseinandersetzung keine Schwierigkeiten. Gewinn oder Verlust ist nicht zu verteilen. Die Gründungskosten werden anteilmäßig auf die Gesellschafter, bzw. die Gründer und die Verwaltungsratsmitglieder umgelegt.¹⁾ Ein Abweichen von den allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen ist also nicht erforderlich. Ein Grenzfall kann sich allerdings z.B. bei der Gründung einer Aktiengesellschaft ergeben, wenn der Verwaltungsrat mit dem Kapital bereits gearbeitet hat, bevor die Gesellschaft vollständig gegründet war. Ob diese Tätigkeit der Aktiengesellschaft zugerechnet werden darf, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung des Kassationshofs²⁾ ist die Vorgesellschaft, aus der die geplante Kapitalgesellschaft nicht hervorgeht, als faktische offene Handelsgesellschaft zu betrachten. Die Gründungsmitglieder, die den Geschäftsbetrieb bereits voll aufgenommen haben, haften mit ihrem gesamten Vermögen unbeschränkt und solidarisch, weil die bisherige Tätigkeit der Gesellschaft in der Form einer offenen Handelsgesellschaft verlaufen ist, d.h. es wurde gemeinsam ein bestimmtes Handelsgewerbe in Gewinnteilungsabsicht betrieben.

Nach einer früheren Entscheidung soll es daneben auch auf die Stellung derjenigen Aktionäre ankommen, die an den aufgenommenen Geschäften unbeteiligt waren.³⁾ Dabei wird darauf abgestellt, ob diese Gründungsaktionäre wußten, daß bereits in ihrem Namen mit dem Gesellschaftskapital gearbeitet wurde oder nicht. Je nachdem haben die Verwaltungsratsmitglieder etwaige Verluste allein oder

1) Vgl. Hémard, Nr.523.

2) Req.20.3.1935, S.1935.1.209: werdende Aktiengesellschaft ("société anonyme en formation").

3) Req.30.1.1893, S.1897.1.493.

zusammen mit den an der Verwaltung unbeteiligten Gründern zu tragen. Hatten diese letzteren die Geschäfte des Verwaltungsrats nicht gebilligt oder hatten sie hiervon ohne Verschulden keine Kenntnis erlangt, so entfällt ihre gesamtschuldnerische unbeschränkte Haftung als Vollmachtgeber des Verwaltungsrats (Art.2002 C.civ.).¹⁾ Unabhängig davon haften diejenigen Gründungsmitglieder als Gesamtschuldner mit ihrem gesamten Vermögen, welche die Schuld daran trifft, daß die Aktiengesellschaft nicht voll wirksam entstanden ist.²⁾ Der Kassationshof gibt der Vorgesellschaft also hier eine Doppelstellung: einmal entsteht eine "faktische OHG" und auf der anderen Seite zugleich eine "faktische AG".³⁾

Diese Meinung wird auch im Schrifttum vertreten.⁴⁾ Sie wird von der herrschenden Lehre und auch in Entscheidungen unterer Gerichte entschieden angegriffen.⁵⁾ Die Lehre wendet sich vor allem gegen die Konstruktion, daß nichtige Kapitalgesellschaften in Bezug auf die Gründer und Verwaltungsratsmitglieder, die für die Nichtigkeit verantwortlich sind, als "faktische offene Handelsgesellschaften" betrachtet, in Bezug auf die übrigen Gründungsmitglieder aber als "faktische Kapitalgesellschaften" angesehen werden. Dieser Dualismus wird von der herrschenden Lehre heftig kritisiert.⁶⁾ Zusammen mit neueren Gerichtsentscheidungen unterer Instanzen wendet sie unter

1) Req.30.1.1893, aaO.

2) Req.30.1.1893, aaO.

3) Diese Konstruktion war vor allem bis zum Gesetz vom 1.8.1893 herrsch. Rspr.. Dieses Gesetz brachte die Möglichkeit der erleichterten Heilung verschiedener Gesellschaftsmängel. Vgl. auch Hémard, Nr.393 ff.

4) Houpin et Bosvieux, Bd.I, Nr.621. Vgl. dazu auch Rép.Com. Bd.III, Stichwort "société de fait", Nr.49 und 93.

5) Vgl. dazu Anm.1, Seite 59.

6) Vgl. dazu Hémard, Nr.393 ff.

Berufung auf das Rechtsscheinprinzip das Recht der entsprechenden fehlerfreien Gesellschaft an. Die Gesellschaft soll so behandelt werden, wie sie im Rechtsleben aufgetreten ist.¹⁾ Daneben gibt Rousseau noch folgende Begründung:²⁾ Auch nach seiner Auffassung ist die werdende Kapitalgesellschaft wie eine "société de fait" unter Zugrundelegung des Gesellschaftsvertrages zu behandeln. Er leitet dies durch Umkehrschluß aus Art.4 des Gesetzes vom 24.7.1867 ab, wonach die Aktiengesellschaft unter den Gesellschaftern keine Wirksamkeit besitzt, wenn die Approbation der Einlagen nicht erfolgt. Demnach haften die Gesellschafter nach außen nur in Höhe ihrer Anteile nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags, denn in diesem Fall bleibt der Vertrag wirksam.

Abschließend läßt sich zum Problem der Vorgesellschaft sagen, daß die Überlegungen der herrschenden Lehre neuerdings auch in der Rechtsprechung im Vordringen sind.³⁾

b) Vertragswirkungen in der aufgenommenen Gesellschaft

Die Frage, nach welchen Rechtsgrundsätzen die durch Nichtigkeitssurteil aufgelöste faktische Gesellschaft abgewickelt werden soll, war in der Rechtsprechung lange Zeit heftig umstritten. Zuerst wollte man alle fehlerhaften Gesellschaften als stille Gesellschaften, später als

1) Vgl. Escarra et Rault, Bd.I, S.218; Hémard, Nr.397 ff. und Rousseau, Anm. zu Req.20.3.1935, in S.1935.1.209. Erste Anerkennung der "faktischen AG": Cour de Paris, 12.5.1926, S.1927.2.27; "faktische GmbH": Lyon, 30.5.1951, J.Soc. 1952.285.

2) Vgl. Rousseau in Anm.zu Req.20.3.1935, aaO.

3) Vgl. insbes. Lyon, 30.5.1951, aaO.

offene Handelsgesellschaften abwickeln, ohne Rücksicht darauf, welche Rechtsform die Gesellschafter in Wirklichkeit vereinbart hatten. Der Gesellschaftsvertrag und seine Liquidationsbestimmungen blieben in diesen Fällen unbeachtet.¹⁾ Wie soeben am Beispiel der Vorgesellschaft erörtert,²⁾ wendet man in neuerer Zeit dagegen unter Berufung auf das Rechtsscheinprinzip das Recht der entsprechenden fehlerfreien Gesellschaft an. Die Gesellschaft soll so behandelt werden, wie sie im Rechtsleben aufgetreten ist.³⁾ Da bei jedem einzelnen Gesellschaftstyp der Gesellschaftsvertrag für die Beziehungen der Beteiligten in der Vergangenheit entscheidend sein soll, wird die Auseinandersetzung unter Anwendung des für die betreffende Organisationsform geltenden Sonderrechts nach den gesetzlich geltenden Liquidationsvorschriften des vereinbarten Gesellschaftstyps durchgeführt.

Es wurde bereits ausgeführt, daß für die Liquidation der Innengesellschaft nach Auffassung beider Theorien zur "société de fait" der Gesellschaftsvertrag zugrundegelegt wird. Dabei herrscht nicht in Bezug auf alle Nichtigkeitsgründe Einigkeit, sondern nur bezüglich der Formverletzungen, da es sich hier um einen Grund handelt, der die Rechtsverhältnisse der Außengesellschaft berührt und Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. Die internen Beziehungen der Gesellschafter werden dadurch nicht gestört, wie z.B. durch eine leoninische Klausel im Rahmen der Gewinnverteilungsvorschriften. In der Mehrzahl der Fälle wird die Abwicklung jedoch nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags durchgeführt - soweit dieser solche Vorschriften enthält.⁴⁾

1) Vgl. dazu Hémard, Nr. 374 m. zahlr. Nachw.; Ausnahme: Civ. 31. 12. 1844, S. 1845. 1. 10 (hier Liqu. nach Gesellschaftsvertrag).

2) Vgl. oben a) Seite 57-59.

3) H.M. im Schrifttum: Lyon-Caen et Renault, Bd. II, Nr. 785; Hémard, Nr. 397 ff. und 527 ff.; Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 186; Jean Hémard, S. 142; Rspr.: Req. 14. 4. 1893, D. 1894. 1. 91; Req. 20. 11. 1901, D. 1907. 1. 217; Req. 25. 4. 1936, S. 1937. 1. 285.

4) Vgl. Anm. 3.

Das gilt z.B. auch für die nach dem Tode oder durch den Konkurs eines Gesellschafters oder durch Zeitablauf aufgelöste und ohne Beachtung der für die Fortsetzung bestehenden Formvorschriften fortgesetzte Gesellschaft.¹⁾

2. Das gesetzliche Liquidationsverfahren

In denjenigen Fällen, in denen die Anwendung etwaiger vertraglicher Vorschriften über die Abwicklung nicht zugelassen wird - sei es, daß es sich um Gesellschaften handelt, die eine ungesetzliche Gewinn- und Verlustverteilungsart gewählt haben, sei es, daß der Gesellschaftszweck sittenwidrig ist - greifen die Gerichte auf die allgemeinen Teilungsregeln der Artt. 1853 ff. C. civ. zurück, wo ein Ausgleich von Gewinn und Verlust im Verhältnis der Gesellschaftsanteile vorgesehen ist.²⁾ Dagegen wird vorgebracht, die entsprechenden Artikel des Code civil seien für rechtswirksame und nicht für fehlerhafte Gesellschaften geschaffen worden. Hierbei wird aber verkannt, daß die fehlerhafte Gesellschaft insoweit ja als rechtswirksam gilt.³⁾

Die allgemeinen Regeln der Art. 1853 ff. C. civ. werden aus der Natur der Sache heraus auch in denjenigen Fällen angewandt, in denen der Gesellschaftsvertrag keine Abwicklungsbestimmungen enthält, insbesondere auch bei den "sociétés créées de fait".⁴⁾

3. Die Liquidation nach billigem Ermessen des Gerichts

Der Richter ist jedoch nicht daran gebunden, die Beziehungen unter den Gesellschaftern in den eben behandelten Fällen über die allgemeinen Vorschriften des Code civil abzuwickeln. Vielmehr hat er auch die Möglichkeit,

1) Req. 18.2.1924, Rev. Soc. 1924.260; Escarra et Rault, Bd. I, S. 204.

2) Civ. 22.11.1869, S. 1870.1.55; Civ. 8.11.1904, S. 1908.1.125; ebenso Hémard, Nr. 530 ff.; Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 186.

3) Req. 7.7.1879, D. 1880.1.123; Jean Hémard, S. 142.

4) So Com. Nantes, 6.3.1922, J. Soc. 1923.286.

nach eigenem Ermessen eine gerechte Gewinn- und Verlustverteilungsart zu ermitteln.¹⁾ Diese Wahlmöglichkeit soll aber ihre Grenze dort finden, wo zulässige vertragliche Liquidationsbestimmungen existieren, da sich auch das Gericht grundsätzlich an den Parteiwillen zu halten hat.²⁾

Nach welchen Gesichtspunkten das Gericht die Auseinandersetzung durchführt, hängt letztlich von Zweckmäßigkeitserwägungen ab.³⁾

4. Die Behandlung einzelner Auseinandersetzungsfragen

a) Die Rechtsfähigkeit der "société de fait"

Es ist eine bis heute umstrittene Frage, ob die "société de fait" genauso wie die fehlerfreie Handelsgesellschaft rechtsfähig ist.⁴⁾ Verneint man die Frage, so könnte die Gesellschaft vor Gericht nicht Partei sein,⁵⁾ die Rechte der Gläubiger auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen könnten nicht durchgesetzt werden und die Abwicklung der Außengesellschaft wäre erheblich erschwert. Da diese Probleme mit den Auswirkungen auf die Innengesellschaft eng verbunden sind, erscheint es gerechtfertigt, die Frage nach der Rechtsfähigkeit der fehlerhaften Gesellschaft an dieser Stelle zu erörtern. Ihre Beantwortung hängt davon ab, welche Bedingungen man an das Vorliegen der

1) Vgl. Req. 11.11.1873, S. 1874.1.434 (soc. créée de fait) und Trib. com. Lyon, 23.2.1925, J. Soc. 1927.379.

2) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, par Percerou, 12. Bd., Nr. 421; Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 460; Houpin et Bosvieux, Bd. I, Nr. 799; Rspr.: Civ. 13.7.1927, S. 1928.1.9; Montpellier, 30.4.1937, J. Soc. 1938.492.

3) Die zuletzt betrachtete Liquidationsart wird besonders dann gewählt, wenn die Anerkennung als s.d.f. versagt wird, wie das oft bei Konkubinatsges. vorkommt. Dann wäre es nämlich widersinnig, wollte man auf dem Umweg über die Anwendg. der allg. Teilungsregeln diese Anerk. fakt. vornehmen.

4) Vgl. dazu Jean Hémard, S. 138 ff. mit zahlr. Nachw.

5) Anders als im deutschen Recht; vgl. § 124 HGB.

Rechtsfähigkeit knüpft. Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten:

Billigt man die Rechtsfähigkeit nur der ordnungsgemäß unter Beachtung aller Formvorschriften gegründeten Gesellschaft zu, so ist sie einer wegen Formmangels nichtigen Gesellschaft zu verweigern.¹⁾ Knüpft man an den Gesellschaftsvertrag an, so ist ein wirksamer Gesellschaftsvertrag die notwendige Voraussetzung, faktisch gegründete Gesellschaften können daher nicht rechtsfähig sein.²⁾

Nach anderer Auffassung wird bezüglich der Rechtsfähigkeit auf den im Vertrag niedergelegten Willen der Gesellschafter abgestellt, auch wenn der Vertrag selbst fehlerhaft ist, weil der Gesellschafterwille das Auftreten des Unternehmens als Gesellschaft oder als Körperschaft bestimmt. Im übrigen hat die fehlerhafte Gesellschaft aber nach dieser Meinung ein Rechtsschutzinteresse nachzuweisen.³⁾

Wie ein Teil der Lehre stellte auch die Rechtsprechung zunächst auf die Einhaltung der Formvorschriften ab und sprach sich gegen die Rechtsfähigkeit aus, wenn Formvorschriften verletzt waren.⁴⁾ Sie zeigte sich hier jedoch nicht einheitlich, sondern erklärte in einzelnen Fällen formfehlerhafte Zivilgesellschaften für rechtsfähig, weil an diese nicht die gleichen hohen Anforderungen bezüglich ihrer fehlerfreien Gründung gestellt werden könnten, wie an Handelsgesellschaften.⁵⁾ Die Rechtsprechung ließ sich ferner von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten, ohne eine dogmatische Begründung ihrer Entscheidungen zu geben. So wurde z.B. eine formfehlerhafte Gesellschaft aus dem Grund für rechtsfähig erklärt, weil sie ohne Rechtsfähigkeit nicht konkursfähig

1) Vgl. Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461; Pic, Bd. I, Nr. 188 und Houpin et Bosvieux, Bd. I, Nr. 571.

2) Vgl. Hémard, Nr. 380 ff. und Copper-Royer, Bd. I, S. 237.

3) Vgl. Jean Hémard, S. 140 ff.

4) Vgl. Req. 25.3.1890, S. 1892.1.126.

5) Vgl. Req. 23.2.1891, S. 1892.1.73 m. Anm. v. Meynal.

gewesen wäre.¹⁾ Die Übung der Rechtsprechung, nach den praktischen Erfordernissen zu entscheiden, wurde durch die Verordnung vom 30.10.1935 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, weil hierdurch die Heilung von Gründungsmängeln wesentlich vereinfacht wurde. Ferner wurde durch die Einführung der fünfjährigen Ausschußfrist für die Rüge eines Mangels im Klagewege die Möglichkeit geschaffen, die fehlerhafte Gesellschaft nach Ablauf dieser Frist trotz ihres Mangels vom Tag der Gründung an als gültig und rechtsfähig zu betrachten.

Wenn die Rechtsprechung heute auch nicht als einheitlich bezeichnet werden kann, so billigt sie doch in der Mehrzahl der Fälle die Rechtsfähigkeit der fehlerhaften Gesellschaft.²⁾ Als unerläßliche Voraussetzung bezeichnet sie den Nachweis des rechtlichen Interesses der Beteiligten am Bestehen der Gesellschaft als juristische Person und andererseits den Bestand eines funktionsfähigen Rechtsträgers. Als ein solcher wird die "société de fait" anerkannt. Diesen Grundsätzen schließt sich - wie oben bereits angedeutet - auch die moderne Lehre an mit dem Zusatz, daß der Wille der Gesellschafter, der im Gesellschaftsvertrag seinen Ausdruck finde, mit entscheidend sei, weil er das Auftreten des Unternehmens als Gesellschaft oder als Körperschaft bestimme.³⁾

b) Aktiv- und Passivlegitimation von Gesellschaftern und Gesellschaft

Die Nichtigkeit der Gesellschaft kann im allgemeinen von allen Gesellschaftern geltend gemacht werden. Betrachtet man die fehlerhafte Gesellschaft als rechtsfähig, so ist sie bis zur Beendigung der Liquidation

1) Vgl. Paris, 3.3.1927, J.Soc.1928.99; vgl. auch Hémard, Nr.493.

2) Vgl. Aix, 4.7.1951, J.C.P.1952 II 7151; Com.14.1.1952, Bull.civ.1952 III 15; Com.17.1.1956, D.1956.265.

3) Vgl. Jean Hémard, S.140 ff.

im Prozess aktiv und passiv legitimiert.¹⁾ Da die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags Anwendung finden sollen, sind Vereinbarungen über die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung des Unternehmens durch Organe wirksam.²⁾ Tritt die Gesellschaft z.B. im Prozess gegen einen Gesellschaftsschuldner als Klägerin auf und erhebt der Beklagte die Einrede der Nichtigkeit des Unternehmens, so kann sie nach festgestellter Nichtigkeit nicht mehr Partei sein, sofern man der fehlerhaften Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit verweigert.³⁾ Sie kann dann auch nicht mehr durch die Organe vertreten werden, denn es gilt der Grundsatz: "niemand kann durch einen Bevollmächtigten klagen",⁴⁾ es sei denn, der Beklagte hat auf die Anwendung dieses Satzes verzichtet.

Verweigert man der "société de fait" die Rechtsfähigkeit, so kann sie selbst nicht klagen. Die Gesellschaftsforderungen können nur noch durch den vertraglich oder gerichtlich zu bestimmenden Liquidator eingeklagt werden, der hierfür besondere Vollmachten erhält. Daneben kann die Gesellschaft auch in anderen Fällen ein Interesse an ihrer Aktivlegitimation besitzen. Diese wird nämlich ferner fraglich, wenn der Gesellschaftsvertrag z.B. eine Wettbewerbsklausel enthält und ein Gesellschafter dagegen verstößt, weil er im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des eigenen Unternehmens bereits für ein anderes arbeitet. Hier kann die Gesellschaft "mit fehlerhaftem Gesellschaftsvertrag" auf Schadensersatzleistung und Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe klagen. Die Einrede der Nichtigkeit wird dem Beklagten hier nicht zugestanden, weil es sich in diesem Fall um eine unzulässige Rechtsausübung handeln würde.⁵⁾

1) Vgl. zur Frage der Rechtsfähigkeit oben a), Seite 62-64.

2) Vgl. Req.16.7.1901, D.1902.1.464.

3) Vgl. Anm.1.

4) Frz.: "nul en France ne plaide par procureur".

5) Vgl. Rép.Com.Bd.III, Stichwort "société de fait", Nr.66 ff. mit w.Nachw.

Handelt es sich um eine Gesellschaft, welche infolge nichtbeachteter Publizitätsvorschriften nichtig ist, so kann jeder Gesellschafter diese Nichtigkeit feststellen lassen, es sei denn, daß darin eine unzulässige Rechtsausübung liegt. Dieses Recht der Gesellschafter wird daraus abgeleitet, daß der Klage die Nichterfüllung einer Gesellschaftspflicht zugrunde liegt, die sich mittelbar aus dem Vertrag ergibt, nämlich die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Gesellschaft in den vorgeschriebenen Publikationsorganen. Mit Ausnahme des hierfür verantwortlichen geschäftsführenden Gesellschafters können alle übrigen Gesellschafter die Nichtigkeit feststellen lassen, da der Verantwortliche ihnen gegenüber seine Verpflichtungen verletzt hat.

Bei anderen Gründen wurde die Nichtigkeitsklage nur solchen Gesellschaftern zugebilligt, die unmittelbar von dem Fehler betroffen wurden und ihn nicht zu vertreten hatten. Das sind z.B. getäuschte Gesellschafter oder solche, die nicht Kaufmann sein können. Die Anerkennung als fehlerhafte Gesellschaft und damit auch die Feststellung der Nichtigkeit wurde in denjenigen Fällen verweigert, in denen gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstoßen wurde. Das kam z.B. bei einer Schmugglervereinigung oder bei einem Abkommen zwischen einem Gerichtsvollzieher und einem Versteigerungskunden vor, nach dem aus den Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers für beide zusätzliche Vorteile gezogen werden sollten. Die Klage, die den versteckten Zweck des Unternehmens erst ans Licht brachte, wurde als unzulässig abgewiesen.¹⁾

Solange die Nichtigkeit der "société de fait" nicht gerichtlich festgestellt ist, kann sie sich wie eine rechtswirksame Gesellschaft verhalten. Sie kann z.B. ihre Auflösung beschliessen und in Liquidation gehen.²⁾

1) Vgl. Rép. Com. Bd. III, aaO.

2) Vgl. Civ. 13.3.1854, D. 1854.1.130.

Um Dritten gegenüber wirksam zu werden, muß dieser Schritt veröffentlicht werden.¹⁾ Das Unternehmen kann auch die Eröffnung des Konkurs- oder des Vergleichsverfahrens beantragen.²⁾ Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gelten dann ebenfalls als in Konkurs gefallen.³⁾ Ist das Konkursverfahren eröffnet worden, so ist die Nichtigkeitsklage der Gesellschafter unzulässig.⁴⁾

c) Die vertragliche Schiedsgerichtsklausel

Enthält der Vertrag eine Bestimmung, wonach zur Entscheidung von Streitigkeiten unter den Gesellschaftern ein Schiedsgericht zuständig sein soll, so steht diesem keine Entscheidungskompetenz darüber zu, ob die Gesellschaft nichtig oder rechtswirksam ist. Obwohl Art.51 C.com.a.F., der den Tätigkeitsbereich von Schiedsgerichten stark einengte, durch das Gesetz vom 31.12.1925 gelockert wurde (vgl. heute Art.631 C.com.n.F.), versagte der Kassationshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1953 weiterhin die Zuständigkeit zur Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Gesellschaft selbst.⁵⁾ Er führte aus, die Schiedsrichter könnten ihre Entscheidungsbefugnis nicht aus einem Akt herleiten, über dessen Gültigkeit sie selbst zu befinden hätten. Andere Meinungsverschiedenheiten könnten hingegen durch Schiedsgerichte beigelegt werden, soweit sich diese in dem vom Gesetz gezogenen Rahmen hielten.

1) Vgl. dazu Hémar, Nr.490.

2) Vgl. Req.20.3.1935, S.1935.1.209, sowie Ripert et Durand et Roblot, aaO., Bd.II, 1960, Nr.2547¹.

3) Allerdings nur auf Antrag der Gläubiger, der aber regelmäßig gestellt wird: vgl. Req.5.7.1900, D.1902.1.89; Civ.5.4.1934, Gaz.Pal.1934.2.314. Bei AG und GmbH ist dies jedoch nicht möglich: vgl. Com.24.12.1957, Bull.cass.com. 1957.3.367.

4) Vgl. Req.20.3.1935, S.1935.1.209.

5) Vgl. Com.6.10.1953, D.1954.1.25.

d) Der Ausgleich von Gewinn und Verlust

Stellt sich bei einer Personalgesellschaft im Laufe ihrer Tätigkeit heraus, daß sie wegen eines Mangels nur als "société de fait" gewürdigt werden kann, so haften die Gesellschafter nach Nichtigerklärung gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten, selbst wenn diese nur von einem einzigen Gesellschafter eingegangen wurden. Die anderen haben gegen diesen Gesellschafter keine Regressansprüche, da das Haftungsrisiko im Verhältnis der Einlagen verteilt ist.¹⁾ Um einen gerechten Ausgleich von Gewinn und Verlust zu gewährleisten, müssen die Einlagen in das Gesellschaftsvermögen auch bei der "société de fait" vollständig bewirkt werden. Danach sind die Verbindlichkeiten zu bereinigen und ein eventueller Überschuß auszugleichen.²⁾ Die Rücknahme von Einlagen ist vor Bereinigung der Gesellschaftsschulden nicht möglich.³⁾

Die dargestellte Regelung tritt dann in Kraft, wenn die "société de fait" für die Vergangenheit als wirksam betrachtet wird. Entscheiden sich die Gläubiger für die Nichtigkeit, so verwandelt sich das Gesellschaftsvermögen in eine einfache Vermögensgemeinschaft, die durch Aufteilung des Vermögens unter die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Gesellschaftseinlagen beendet wird. Die einzelnen Teile (also die Gesellschaftseinlagen und die darauf entfallenden etwaigen Gewinnanteile) fallen in das Privatvermögen der Gesellschafter zurück, welche den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar, unbeschränkt, persönlich und gesamtschuldnerisch wie ihren eigenen privaten Gläubigern haften. Im Verhältnis zur rechtswirksamen Gesellschaft wird die fehlerhafte insoweit also unterschiedlich behandelt.⁴⁾

1) Req.12.5.1925, S.1927.1.331.

2) Civ.13.5.1862, S.1862.1.825.

3) Req. 25.4.1936, S.1937.1.285.

4) Dies ist die Auffassung der Vertreter der "erweiterten Theorie", vgl. näher unten bei der Behandlung der Rechte der Gesellschaftsgläubiger, II,1,Seite 74 ff.

e) Ungesetzlicher oder sittenwidriger Vertragsinhalt

Ist der gesamte Gesellschaftsvertrag oder sind nur einzelne Vertragsbestimmungen gesetz- oder sittenwidrig, so liegt ein Verstoß gegen den "ordre public" vor, der nach einem großen Teil der Rechtsprechung zur absoluten Nichtigkeit der Gesellschaft führt.¹⁾ Sie kann für die Vergangenheit weder als Vertrag noch als juristische Person wirksam sein. Der Interessenausgleich unter den Gesellschaftern kann also nicht nach den Vertragsregeln vorgenommen werden. Das Gesellschaftsvermögen wird zu einer einfachen Vermögensgemeinschaft, die im Verhältnis der Gesellschaftseinlagen unter Berücksichtigung der vorgesehenen Gewinn- und Verlustquoten beendet wird.

In der Praxis wurden diese Grundsätze hauptsächlich auf Gesellschaften angewendet, die Beamte oder Angehörige staatlich gebundener Berufe untereinander geschlossen hatten.²⁾ Obwohl es in der Mehrzahl der Fälle bei der absoluten Nichtigkeit der Unternehmen verblieb, wurde gelegentlich die Liquidation nach den besonderen Vorschriften des Gesellschaftsvertrags zugelassen. Die "Cour de Paris" würdigte z.B. eine Apothekengesellschaft als "société de fait", verlangte aber vor der Auseinandersetzung mit den Gläubigern die Rücknahme der Gesellschaftseinlagen.³⁾ Die "Cour de Rouen" erlaubte ebenfalls die Abwicklung eines Unternehmens nach den Sondervorschriften des Gesellschaftsvertrags. Dieses Unternehmen verstieß gegen ein Verbotsgesetz, als es einen vorbestraften Geschäftsführer trotz des Berufsverbots, welches das Gesetz vom 30. August 1947 ausspricht, zur Vertretung der Gesellschaft bestellte.⁴⁾

1) Req. 6.12.1910, D. 1912.1.473; Req. 15.1.1889, D. 1890.1.471; Com. 19.7.1954, J.C.P. 1954 II 8322.

2) Vgl. Hémard, Nr. 73 (mit Anm. 1); z.B. Notare, Apotheker, Gerichtsvollzieher.

3) Cour de Paris, 16.6.1934, J. Soc. 1937.158.

4) Cour de Rouen, 21.12.1956, J.C.P. éd. C.I. 1957.60441.

f) Die Behandlung der Gesellschaftseinlagen schutzwürdiger
Vertragspartner bei Willensmängeln und fehlender
Kaufmannseigenschaft

Ist jemand lediglich durch Täuschungshandlungen veranlaßt worden, einer Gesellschaft beizutreten, so hat er ein schutzwürdiges Interesse daran, von den gesellschaftlichen Bindungen wieder freizukommen und seine Einlage ungeschmälert zurückzuerhalten, ohne damit für Gesellschaftsschulden zu haften. Zu diesem Zweck kann der Getäuschte nach der herrschenden Lehre gegen die Gesellschaft Anfechtungsklage erheben.¹⁾ Wird die Nichtigkeit des Gesellschaftsbeitritts ausgesprochen, so wirkt dies nur inter partes. Die Außengesellschaft bleibt davon unberührt. Für diese Beziehungen gelten die Grundsätze der "société de fait".²⁾ Da der Vertrag zwischen dem getäuschten und den anderen Gesellschaftern nichtig ist, konnte der erstere auch nicht rechtswirksam durch die Organe verpflichtet werden, er kann deshalb seinen Anteil frei von Verbindlichkeiten herausverlangen.³⁾ Das gleiche gilt für den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Gesellschafter, dem die erforderliche Kaufmannseigenschaft fehlt.⁴⁾

Umstritten ist die Frage, ob der getäuschte oder geschäftsunfähige Gesellschafter eine Gewinnbeteiligung verlangen kann. Dazu wird die Ansicht vertreten, daß der vom Verlust befreite Gesellschafter auch nicht am Gewinn beteiligt werden könne.⁵⁾ Das ergäbe sich schon daraus, daß er so zu stellen sei, als ob er nie Gesellschafter gewesen wäre. In diesem Fall habe er auch keinen Gewinn zu beanspruchen. Die Rechtsprechung folgt dieser Überlegung nicht immer, vielmehr wurde einmal festgestellt, daß die Gesellschaft inzwischen

1) Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 183; Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 460; anders Hémard, Nr. 115/116 und 125.

2) Vgl. oben 1. Abschnitt, IV, 2, Seite 46 ff. und unten 2. Abschnitt II, 1, Seite 74 ff.

3) Vgl. Anm. 1 und Houpin et Bosvieux, Bd. I, 7. Aufl., Nr. 79.

4) Hamel et Lagarde, aaO.

5) Hamel et Lagarde, aaO. und Com. Alger, 30. 1. 1924, J. Soc. 1925. 530.

mit dem Anteil des Getäuschten gearbeitet und Gewinn erzielt habe. Sie sei insofern ungerechtfertigt bereichert und schulde einen Gewinnausgleich.¹⁾ Ferner wurde in einem Fall²⁾ entschieden, daß das Opfer im Falle einer arglistigen Täuschung die Nichtigkeit der Beteiligung nicht allen Gesellschaftern und nicht den Gesellschaftsgläubigern entgegensetzen könne, sondern nur dem Täuschenden selbst. Das Opfer müsse daher am Verlust der Gesellschaft teilnehmen. Diese Auffassung wird jetzt aber einhellig abgelehnt.³⁾

g) Die Übertragung von Anteilen am Gesellschaftsvermögen vor Nichtigerklärung der Gesellschaft

Über die Wirksamkeit der Übertragung von Anteilen am Gesellschaftsvermögen besteht für die Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie kein Zweifel, da nach ihrer Meinung die Nichtigkeit der Gesellschaft nur eine ex nunc-Wirkung besitzt. Dabei soll es keine Rolle spielen, ob es sich um Anteile an Personal- oder Kapitalgesellschaften handelt und ob die Übertragung nur als Änderung der Kapitalanteile unter den Gesellschaftern oder von diesen an Dritte in der Form erfolgt, daß ein Gesellschafter ausscheidet und ein neuer in seine Rechte und Pflichten eintritt.⁴⁾

Da die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung die ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit auf die Beziehungen der Gesellschafter im Innenverhältnis beschränkt,⁵⁾ muß bei der Feststellung der Wirksamkeit der Übertragung von Gesellschaftsanteilen eine Unterscheidung zwischen Geschäften der Gesellschafter untereinander und solchen der Gesellschafter mit Dritten getroffen werden.

1) Civ.16.4.1926, D.H.1926.318.

2) Req.25.5.1886, S.1887.1.268.

3) Vgl. Jean Hémar, S.136 mit Nachw. zur Kritik dieser Ansicht.

4) Vgl. Hémar, Nr.423 ff.

5) Vgl. dazu oben 1.Abschnitt, IV,3,Seite 48 ff.

Wird die Gesellschaft für nichtig erklärt, so versucht der Zessionar in aller Regel die Nichtigkeit der Zession herbeizuführen, um sich seiner Verpflichtung zur Einzahlung des Anteils oder seiner gesamtschuldnerischen Haftung zu entziehen. In der Regel sind jedoch alle vor Ausspruch der Nichtigkeit der Gesellschaft erfolgten Abtretungserklärungen wirksam, wenn es sich bei beiden Beteiligten um Gesellschafter handelt, da der Gesellschaftsvertrag unter ihnen auch in einer fehlerhaften Gesellschaft weitergilt. Der Zessionar, der einen Ausweg sucht, kann nur auf die allgemeinen Möglichkeiten zurückgreifen, die der Code Civil bietet. Er kann versuchen, die Zession wegen Irrtums über den Inhalt oder eine wesentliche Eigenschaft der Sache anzufechten.¹⁾ Hat er die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht erkannt, die zur Nichtigkeit der Gesellschaft führten, so wird er mit diesen Argumenten nicht durchdringen, weil trotz der Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft das direkte Kaufobjekt, nämlich die bloße Teilhaberschaft, die mit einem Anrecht auf einen Gesellschaftsanteil verbunden ist, weiter bestehen bleibt. Es geht hier vielmehr nur um den konkreten Inhalt des Anteils zum Zeitpunkt der Übertragung. Dabei kann es aber keine Rolle spielen, daß der Anteil ebenso wie die ganze Gesellschaft mit einem Fehler behaftet war, denn der Inhalt konnte dem Käufer in keinem Fall garantiert werden²⁾, auch nicht bei einem fehlerfreien Unternehmen, da er sich durch die Aktivität des gesamten Betriebs im Geschäftsleben laufend verändert. Wie der Anteil im einzelnen ausgestaltet ist, darüber hat sich der Zessionar vorher zu informieren. Das Risiko einer umfassenden Entwertung durch die Umwandlung des Unternehmens in eine "société de fait" hat er zu tragen.³⁾

- 1) Vgl. Art. 1109 ff. C. civ.: "Sachen" sind im frz. Recht auch unkörperliche Gegenstände, wie hier die Rechte an einer Gesellschaft. (Anders § 90 BGB).
- 2) Anders wohl, wenn der Zedent ausdrücklich die Garantie für einen ordnungsgemäßen Gesellschaftsvertrag übernommen hätte. Dieser Fall wird jedoch in der zit. Lit. und Rspr. nicht erörtert.
- 3) Vgl. dazu Lyon-Caen et Renault, Bd. II, Nr. 767 und Pic et Kreher, Bd. II, Nr. 760.

Das Ergebnis würde sich nicht ändern, wenn der Übernehmende Gesellschafter Beweis anböte, daß in seiner Vorstellung a.B. die ordnungsgemäße Gründung der Gesellschaft eine wesentliche Eigenschaft des ihm übertragenen Anteils war, da er sich als Gesellschafter nicht darauf berufen kann, von Gründungsfehlern keine Kenntnis gehabt zu haben. Eine Ausnahme gilt dann, wenn er beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags bereits einer arglistigen Täuschung zum Opfer fiel. Im übrigen spielt es keine Rolle, wenn der Zedent den Gesellschaftsfehler kennt. Anders nur, wenn der Zedent der einzige ist, der von dem Gesellschaftsfehler weiß.¹⁾

Dem Käufer des Anteils bleiben bei dieser Sachlage nur noch die Garantiebestimmungen der Artt.1641 ff.C.civ für versteckte Sachmängel, welche dem Käufer Vertragsauflösung oder Kaufpreisminderung gewähren. Die Sachmängelhaftung erfordert den doppelten Nachweis, daß der Käufer bei Kenntnis der nachfolgenden Nichtigkeit der Gesellschaft den Vertrag nicht abgeschlossen hätte und daß der versteckte Mangel die causa für den Schaden darstellt, den der Käufer aus der Nichtigkeit der Gesellschaft erleidet. Kann das nachgewiesen werden, so hat die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Übertragung Aussicht auf Erfolg.²⁾

Das gleiche gilt für jenen Sonderfall, in dem eine Aktiengesellschaft die Geschäfte wegen bislang verweigerter behördlicher Konzessionen noch nicht aufgenommen hatte.³⁾ Der mangelnde Vollzug der Gesellschaft führte zu der Annahme, daß sie noch nicht einmal faktisch existierte. Die bereits ausgegebenen Aktien konnten deshalb nicht rechtlich anerkannt werden. Da mit der Zession solcher Gesellschaftsanteile nicht einmal formell ein Anteilsrecht an der Gesellschaft übertragen wurde, hatte die Nichtigkeitsklage Erfolg.

1) Lyon-Caen et Renault, aaO, Nr. 767.

2) Angers, 8.2.1934, D.H.1934.225.

3) Civ.3o.7.1912, D.1913.1.495.

II. Die Behandlung im Außenverhältnis¹⁾

1. Die Gesellschaft und ihre Gläubiger

a) Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger nach der Nullité-dissolution-Theorie

Nach den Überlegungen der Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie sollen die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nach den Abwicklungsbestimmungen des Gesellschaftsvertrags befriedigt werden, weil die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation des Unternehmens erhalten bleibt.²⁾ Die Gesellschaft behält ihr selbständiges Vermögen. Die Verbindlichkeiten werden unter vorheriger Berücksichtigung der Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen und der auf Gesellschaftsgrundstücken lastenden und von der Gesellschaft bestellten Grundpfandrechte ausgeglichen. Die Gewinn- bzw. Verlustanteile werden danach über den Verteilungsschlüssel des Gesellschaftsvertrags ermittelt.

Sind keine Liquidationsvorschriften vorhanden, so werden die Vorschriften des Art.1853 C.civ. oder eine vom Gericht zu bestimmende Verteilungsart zugrunde gelegt. Die technische Durchführung übernehmen ein oder mehrere Liquidatoren, die von den Gesellschaftern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ernannt werden. Fehlt eine solche Vorschrift, so werden sie vom Gericht ernannt, welches die Nichtigkeit des Unternehmens feststellt.³⁾

Die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter sind gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht bevorrechtigt. In Bezug auf den Geschäftsanteil ihres Schuldners haben sie die gleiche Stellung wie einfache

1) Vgl. zur Außengesellschaft im allg. Jean Hémard, S.143 ff. mit Nachweisen zur neuesten Lehre und Rechtsprechung.

2) Vgl. dazu oben 1.Abschnitt, IV, 2, Seite 46 ff.; Hémard, Nr.353 ff.

3) Trib.com.Seine, 17.11.1913, J.T.C.1915, 204.

Gesellschaftsgläubiger.¹⁾ Die weiteren Konsequenzen der Nullité-dissolution-Theorie werden besonders an den zahlreichen Fragen deutlich, die sich aus der Konkurrenz von Gesellschafts- und Privatgläubigern der Gesellschafter ergeben. Diesen Fragen ist ein eigener Abschnitt gewidmet.²⁾

b) Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger nach
der erweiterten Sociétés-de-fait-Theorie

Die Auffassung der Nullité-dissolution-Theorie konnte sich weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung durchsetzen. Der Kassationshof entwickelte vielmehr an Hand eines Musterfalles Grundsätze zum Ausgleich der verschiedenartigen Interessen im Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger oder Privatgläubiger eines der Gesellschafter zur Gesellschaft.³⁾

Angenommen, eine offene Handelsgesellschaft ist wegen Nichtbeachtung von Publizitätsvorschriften nichtig, - so wurde ausgeführt - dann können sich die Gesellschafter, welche persönlich und gesamtschuldnerisch haften, von ihrer Verantwortung gegenüber Dritten nicht befreien, weder durch Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft und dadurch der mit Dritten abgeschlossenen Verträge, noch durch die Einrede der Nichtigkeit gegenüber der Leistungsklage eines Gläubigers. Das ist deshalb nicht möglich, weil hierin eine unzulässige Rechtsausübung⁴⁾ läge. Da für den Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime gilt, kann die Nichtigkeit einer Gesellschaft nur auf Antrag eines Prozeßbeteiligten festgestellt werden. Eine Ausnahmeregelung, welche die Nachprüfung dieser Frage durch das Gericht ex officio verlangt, besteht nicht. Da die Gesellschafter den Nichtigkeitsgrund Dritten

1) Sog. "créanciers chirographaires", "schriftliche", d.h. dinglich nicht gesicherte Gläubiger.

2) Vgl. unten 3., Seite 87 ff.

3) Bereits in Civ.28.2.1859, S.1860.1.157, vor allem aber in Civ.25.2.1885, D.1885.1.404.

4) Sog. "abus de droit"

nicht entgegensetzen können, haben sie auch kein Antragsrecht. Infolgedessen liegt es an den beteiligten Gläubigern, die Nichtigkeit der Gesellschaft feststellen zu lassen oder darauf zu verzichten.

Aus dieser Prozeßlage leitete die "Cour de cassation" zugunsten der Gläubiger eine Art Wahlrecht zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit der Gesellschaft ab (sog. "droit d'option"), das auch auf andere Nichtigkeitsgründe als auf die Verletzung von Formvorschriften anzuwenden sei.¹⁾ Der Gläubiger kann und muß sich bereits bei Prozeßbeginn entscheiden, ob die Gesellschaft bezüglich ihrer bisherigen Beziehungen mit ihm als nichtig oder rechtswirksam betrachtet werden soll. Zur Begründung wird jetzt auf die gesetzliche Regelung der Artt. 7 und 58 des Gesetzes vom 24.7.1867 und der Artt. 9 und 14 des Gesetzes vom 7.3.1925, beide in der Fassung der Verordnung vom 30.10.1935, verwiesen, wonach sich die Gesellschafter Dritten gegenüber nicht auf den Nichtigkeitsgrund der Formverletzung berufen können. Daraus wird im Umkehrschluß gefolgert, daß dieses Recht also nur den Gläubigern zustehe. Diese Auffassung wird auch im Schrifttum überwiegend vertreten.²⁾

Der Gläubiger kann sich nur einmal entscheiden; die getroffene Wahl ist unteilbar.³⁾ Er kann z.B. nicht in einem Fall die Gesellschaft als wirksam betrachten, um die Gesellschafter zu veranlassen, ihre Einlagen vollständig zu bewirken, und in einem anderen Fall für die Nichtigkeit derselben Gesellschaft optieren, um das Gesellschaftsvermögen zu seinen Gunsten von anderen Belastungen (wie Hypotheken) zu befreien. Dem Wahlrecht der Gläubiger geht ferner das Anfechtungsrecht gewisser Personengruppen vor. Der Gläubiger hat daher z.B. keine Ansprüche gegen den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Gesellschafter, der seine

1) Req. 28.2.1859, aaO. und Civ. 25.2.1885, aaO.

2) Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 179 ff.; Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461; Jean Hémard, S. 144/145; Escarra, Nr. 589; Rép. Com., Bd. III, aaO., Nr. 60 ff.

3) Req. 16.3.1946, J.C.P. 1946 II 3125; Escarra et Rault, Bd. I, Nr. 190.

Einlage lastenfremd zurückfordern kann.¹⁾

c) Der Konflikt zwischen den Gesellschaftsgläubigern

Da jeder Gläubiger die Wahlmöglichkeit besitzt, muß es zwangsläufig zu Konflikten kommen. Die Gesellschaftsgläubiger haben normalerweise dann ein Interesse an der Wirksamkeit der in der Vergangenheit bereits ausgeübten Tätigkeit der Gesellschaft, wenn sie sich ein eingetragenes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten wollen (vgl. Art. 2092 ff. C. civ.). Demgegenüber entscheiden sich die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter im allgemeinen für die Nichtigkeit der Gesellschaft, da in diesem Fall die Einlagen der Gesellschafter bei aktiver Bilanz an diese zurückfallen würden und ihrem Zugriff offenstünden. Andererseits ist der Fall denkbar, in dem sich ein Gesellschaftsgläubiger für die Nichtigkeit entscheidet, um sich von den Verpflichtungen eines gegenseitigen Vertrages mit der Gesellschaft zu befreien, während ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die Wirksamkeit der Gesellschaft verlangt, weil er weiß, daß das Unternehmen Gewinn erzielt hat und sein Schuldner durch die Liquidation besser gestellt wird, als das bisher der Fall war.

Die Gesellschaft kann immer nur entweder wirksam oder nichtig sein, was ihre strittigen Rechtsbeziehungen in der Vergangenheit anlangt. Der Konflikt wurde von der "Cour de cassation" zugunsten desjenigen gelöst, der sich für eine nichtige Gesellschaft entscheidet, da es sich bei dem Ausspruch der Wirksamkeit trotz der vorhandenen Mängel immer nur um eine Ausnahmeregelung handeln kann. Die chronologische Reihenfolge der einander widersprechenden Wählerklärungen kann daher nicht entscheiden. Es ist der Rechtsgrundsatz anzuwenden: "le pire emporte le bon".²⁾

1) Vgl. dazu oben 2. Abschnitt, I, 4, f, Seite 70/71.

2) Vgl. Req. 16.3.1946, aaO.; Hémard, Nr. 540; Houpin et Bosvieux, Bd. I, Nr. 654; Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461; Jean Hémard, S. 145.

Aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Option ergibt sich bei den Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger untereinander eine gewisse Beschränkung der Möglichkeiten, ihre Forderungen durchzusetzen. Hat ein Gesellschaftsgläubiger die Wirksamkeit der Gesellschaft gewählt, so wirkt dies gegenüber den Gesellschaftern und den anderen Gläubigern, d.h. er kann sich anderen Gläubigern gegenüber nicht auf Nichtigkeit berufen, weil sich die Gesellschaft im Falle der Wirksamkeitsoption auch gegenüber anderen Gläubigern verpflichten konnte. Eine Teilwirksamkeit ist ausgeschlossen. Ein Hypothekengläubiger kann daher andere dinglich berechnigte Gläubiger nicht mit ihrer Forderung ausschliessen.¹⁾

d) Die Folgen der Anwendung der erweiterten
Société-de-fait-Theorie

Der Vorzug, den man der Wahl desjenigen Gläubigers gibt, der die Nichtigkeit der Gesellschaft wählt, folgt der Vorstellung der erweiterten Theorie, daß die Gesellschaft bei einem Verstoß gegen den "ordre public" ihre Rechtspersönlichkeit verliert. Das hat zur Folge, daß die Handlungen der Organe die Gesellschaft als juristische Person nicht binden konnten. Das Gesellschaftsvermögen, dessen Rechtsträger das Unternehmen als juristische Person war, verwandelt sich in eine Bruchteilsgemeinschaft zwischen allen Gesellschaftern. Die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten verwandeln sich dadurch in solche zwischen natürlichen Personen, die Gesellschafter werden persönlich verpflichtet, wobei es im einzelnen auf die Rechtsform des Unternehmens ankommt. Bei Kapitalgesellschaften ist die Haftung auf die Gründungs- und Verwaltungsratsmitglieder und diejenigen Aktionäre oder Teilhaber beschränkt, denen der Nichtigkeitsgrund zuzurechnen ist. In Personalgesellschaften gilt das Prinzip der unmittelbaren, unbeschränkten, solidarischen und persönlichen Haftung aller Gesellschafter.

1) Req.16.3.1946, aaO.

Kommanditisten haften nur mit der Einlage. Diese Differenzierung, die auch in der erweiterten Theorie vorgenommen wird, entspricht dem Gedanken, den Gesellschaftsvertrag weitgehend zu verwenden. Ohne die Durchführung dieses Grundsatzes würde man aus allen fehlerhaften Gesellschaften solche des "gemeinen Rechts", also nur offene Handelsgesellschaften machen, was aber dem Wesen der "société de fait" widerspräche.

In der erweiterten Theorie wird fingiert, die Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Dritten seien mit den Gesellschaftern persönlich zustandegekommen, wobei diese nicht unbedingt Geschäftsführer sein müssen, es genügt vielmehr die einfache Gesellschafterstellung. Die Nichtigkeit der Gesellschaft hat also nicht notwendig die Unwirksamkeit der Vereinbarungen der Gesellschaft mit Dritten zur Folge.¹⁾ Als Sonderfall ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, daß ein Gesellschafter, der mit dem Unternehmen einen Vertrag (z.B. einen Mietvertrag über Geschäftsräume) abgeschlossen hat, diesbezüglich wie ein Dritter zu behandeln ist. Gesellschaftsgläubiger behalten nicht nur ihre Erfüllungsansprüche gegenüber den Gesellschaftern, sondern auch Ansprüche auf Sicherheitsleistung, wenn sich die Gesellschaft durch ihre Organe dazu verpflichtet hatte. Diese Sicherheiten sind anstelle des Unternehmens von den Gesellschaftern persönlich zu leisten, wenn nicht anzunehmen ist - wie bei angebahnten Kreditgeschäften - daß das Geschäft von vornherein wegen Wegfalls der Vertragsgrundlage nicht zustandekommt. Der Kreditgeber wird in einem solchen Fall zurücktreten.²⁾

Macht ein Gläubiger seine Forderung gleichzeitig gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter geltend, nachdem bereits für die Nichtigkeit des Unternehmens optiert worden und daraufhin Nichtigkeitsurteil ergangen ist, so können die Gesellschafter unter Berufung hierauf

1) Req.28.2.1859, D.1859.1.408.

2) Douai, 26.2.1948, Rev.soc.1950, 134.

wiederum gerichtlich feststellen lassen, daß sich die Gesellschaft nicht verpflichten konnte - vorausgesetzt, daß es sich um einen Nichtigkeitsgrund handelt, den die Gesellschafter Dritten nicht entgegensetzen können.¹⁾ Umgekehrt können Gläubiger oder Schuldner Feststellungsklage dahingehend erheben, daß sie dem Unternehmen nicht verpflichtet sind.²⁾

Bezüglich der Haftung der Organe ergeben sich keine Besonderheiten, wenn sie zugleich Gesellschafter sind. Ist das nicht der Fall - wie besonders bei Kapitalgesellschaften - so können die Gläubiger gegen diejenigen Organe persönlich vorgehen, mit denen die Verträge abgeschlossen wurden, auf die sie ihre Forderungen stützen. Diese besondere Organhaftung wird aus der Fiktion des direkten Vertragsschlusses zwischen Gläubiger und Geschäftsführer gefolgert, erscheint aber bei Kapitalgesellschaften deshalb bedenklich, weil damit die vom Gesellschaftsvertrag gezogenen Haftungsgrenzen durchbrochen werden. Diese Art der Organhaftung erscheint auch in denjenigen Fällen unvertretbar, in denen die in Anspruch genommenen Organe kein Verschulden an der Nichtigkeit der Gesellschaft trifft.

Daneben haften diejenigen Gründungsgesellschafter, denen die Nichtigkeit zu Last gelegt werden kann.³⁾ Der Haftungsumfang bestimmt sich nach allgemeinem Vertragsrecht (Artt. 1134-1233 C.civ.).

Der gerichtliche Nichtigkeitsanspruch erwächst nach herrschender Meinung in Lehre und Rechtsprechung gegenüber jedem Dritten in Rechtskraft.⁴⁾ Der Kassationshof begründet dies damit, daß alle Personen, welche

1) Civ. 1.8.1938, D.H. 1938, 259.

2) Civ. 7.8.1893, S. 1894.1.260.

3) Req. 30.1.1893, D. 1893.1.224.

4) Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461; Req. 16.5.1938, S. 1939.1.292.

ein gemeinsames Interesse an der Nichtigkeit, bzw. dem Bestehen des Unternehmens haben, durch die Parteien im Prozeß insoweit als vertreten gelten müssen, als keine verschiedenartigen Entscheidungen möglich sind. Diese Rechtskraft kann Dritten neuerdings erst nach Eintragung des Nichtigkeitsvermerks ins Handelsregister entgegengesetzt werden.¹⁾

Die Durchführung der Liquidation obliegt auch nach Meinung der Vertreter der erweiterten Theorie einem oder mehreren Liquidatoren, die nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages bestellt werden. Man sieht darin kein unzulässiges Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrages im Außenverhältnis, sondern eine Folge des Grundsatzes, den Vertrag weitestgehend zu berücksichtigen. Die Liquidatoren sollen nur im Fall einer "société créée de fait" oder mangels entsprechender Vorschriften bei anderen Gesellschaftsformen oder schliesslich dann gerichtlich ernannt werden, wenn die Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung besteht. Ein solcher Fall wird angenommen, wenn z.B. derjenige Gesellschafter Liquidator sein soll, der für den Nichtigkeitsgrund verantwortlich ist.²⁾ Der Liquidator sorgt für die Bereinigung der Aktiva (Einzahlung ausstehender Einlagen und Beitreibung von Gesellschaftsforderungen), sowie der Passiva und verteilt den Rest des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter entsprechend der gewählten Teilungsart; sei es nach dem Gesellschaftsvertrag, nach allgemeinen Vorschriften des Code civil oder einem gerichtlichen Teilungsplan.

1) Vgl. Artt. 63 und 64-10 C.com.n.F. und die Verordnung vom 9.8.1953 über das Handelsregister (D.1953,273).

2) Vgl. Dolbeau, S.75.

2. Die Gesellschaft und die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter

a) "Einfache" und "privilegierte" Gläubiger

Bei den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter sind zwei Arten zu unterscheiden: einerseits die Gläubiger gewöhnlicher Forderungen (mit privatschriftlichem Titel) und andererseits die Gläubiger, deren Forderungen durch Hypotheken oder ein Vorzugsrecht auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gesichert sind.¹⁾

Die Durchsetzung der Ansprüche der bevorrechtigten Gläubiger ist trotz der besonderen Sicherheiten gelegentlich problematisch. Im Falle einer Hypothek an einem Gesellschaftsgrundstück kommt es z.B. darauf an, ob sie vor oder nach Einbringung desselben in die Gesellschaft bestellt wurde. Ist die Hypothek vor der Umschreibung des Grundstücks auf die Gesellschaft bestellt worden, so kann diese Tatsache der Gesellschaft, den Gesellschaftsgläubigern und den anderen Privatgläubigern entgegengehalten werden. Ist sie erst nach der Grundstücksüberschreibung zustandegekommen, so gilt das Gegenteil.²⁾ Man geht dabei davon aus, daß das Grundstück für eine wirksame Hypothekenbestellung noch in der Verfügungsgewalt des Gesellschafters gewesen sein muß. Wurde die Hypothek zwar vor Überschreibung des Grundstücks bestellt, aber erst nachher eingetragen und ist sie somit erst dann wirksam geworden, so hat der Gläubiger nur einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Anteil an den Gesellschaftsgrundstücken und dem übrigen Vermögen, der dem Schuldner nach der Auseinandersetzung zukommt.

1) Die einfachen Gläubiger werden als Gläubiger mit privatschriftlichem Titel = "créanciers chirographaires" bezeichnet, die anderen als bevorrechtigte Gläubiger = "créanciers privilégiés".

2) Angers, 13.4.1886, J.S.1890,267 = R.S.1886,469.

Aus der Hypothek kann sich der Gläubiger nicht direkt befriedigen.¹⁾ Der Kassationshof vertrat jedoch in zwei Entscheidungen die gegenteilige Ansicht.²⁾ Er entschied, daß ordnungsgemäß vor der Grundstücksübertragung eingetragene Hypotheken in der "société de fait" weiterbestünden und mit den von der Gesellschaft selbst bestellten Grundpfandrechten nur in der Rangstelle konkurrierten. Das gleiche müsse dann gelten, wenn erst zu dem Zeitpunkt eingetragen werde, zu dem das Grundstück bereits in die Gesellschaft eingebracht worden war, da es auf den Zeitpunkt der Einigung über die Hypothek ankomme, zu dem der Schuldner noch die freie Verfügungsbefugnis über das Grundstück gehabt habe. Der Konflikt zwischen dinglich gesicherten Gesellschafts- und Privatgläubigern wird also durch Anwendung der Regel "prior tempore, potior jure" gelöst.

Wird zu Gunsten der Ehefrau eines Gesellschafters eine Zwangshypothek an dem bereits in die Gesellschaft eingebrachten Grundstück bestellt, so kann sie sich nicht direkt aus der Hypothek, sondern nur aus dem Ausgleichsanteil des Gesellschafters befriedigen. Sie kann dabei verlangen, daß dem Gesellschafter möglichst das belastete Grundstück zugesprochen wird, damit sie ihre Rechte unmittelbar aus der Hypothek geltend machen und realisieren kann.³⁾

Neben den Hypothekengläubigern sind diejenigen von Interesse, die am Gesellschaftsanteil ihres Schuldners als ganzem pfandmäßig gesichert sind.⁴⁾ Jede Einbringung eines Geschäftsvermögens in

1) Grenoble, 11.7.1873, S.1873.2.202, Hémard, Nr.544.

2) Req.14.4.1893, D.1894.1.91 und 20.11.1901, D.1907.1.217; ebenso Houpin et Bosvieux, aaO.Nr.656.

3) Paris, 24.6.1852, S.1852.2.608 und Hémard, Nr.545.

4) "Nantissement du fonds de commerce".

eine Gesellschaft muß nach dem Gesetz vom 17. März 1909 über die Geschäftsstelle des Handelsgerichts veröffentlicht werden. Diejenigen Gläubiger, deren Pfandrecht noch nicht bei der gleichen Stelle eingetragen ist, müssen die Eintragung binnen 14 Tagen nach der Veröffentlichung der Einbringung des Anteils, der in diesen Fällen in einem in sich geschlossenen, einheitlichen Geschäftsvermögen besteht, veranlassen (Art. 7 des Gesetzes vom 17. März 1909). Im Falle einer "société de fait" können sich die eingetragenen Gläubiger aus dem Geschäftsanteil ihres Schuldners bevorrechtigt befriedigen. Die nicht eingetragenen Gläubiger hingegen werden wie die einfachen Privatgläubiger des Gesellschafters behandelt.

b) Die Befriedigungsmöglichkeiten der Privatgläubiger der
Gesellschafter nach den beiden Theorien über die
"société de fait"

Die Frage, inwieweit sich persönliche Gläubiger eines Gesellschafters aus dem Vermögen ihres Schuldners oder aus Gesellschaftsmitteln befriedigen können, ist sehr umstritten. Hémard vertritt die Meinung, die Privatgläubiger hätten nur aus dem Liquidationsanteil ihres Schuldners ein Befriedigungsrecht.¹⁾ Das gelte dann, wenn die Publikationsvorschriften beachtet worden seien, da die Privatgläubiger dann vom Bestehen des Unternehmens und somit von der Möglichkeit der vorzugsweisen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger Kenntnis gehabt haben müßten. Wäre die Gesellschaft aber nicht ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen, so sollten Auseinandersetzungs-vorschriften, die von den Regeln des Art. 1853 C. civ. abwichen, den Privatgläubigern der

1) Vgl. Hémard, Nr. 546; ebenso gegen die herrschende Rechtsprechung Amiens, 28.12.1904, J.S. 1906, 16.

Gesellschafter nicht entgegenhalten werden können. Die Privatgläubiger könnten in diesem Fall verlangen, daß der Anteil ihres Schuldners nur entsprechend den allgemeinen Vorschriften des Code civil belastet werde. Die Kenntnis vom Bestehen des Unternehmens und seinem Zweck wird aber vorausgesetzt.

Hémaré Auffassung erklärt sich daraus, daß er auch im Rahmen der "société de fait" ein selbständiges Gesellschaftsvermögen bestehen läßt. Der Privatgläubiger kann daher erst dann versuchen, sich aus demjenigen Teil des Vermögens seines Schuldners zu befriedigen, der in die Gesellschaft eingebracht ist, wenn die Liquidation vollzogen und der Anteil wieder Privatvermögen des Schuldners geworden ist.

Die herrschende Lehre billigt den Privatgläubigern in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rechtsprechung eine günstigere Stellung zu. Danach können sie die Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft erheben. Dies gilt besonders für Formmängel, da sie zu dem Personenkreis gerechnet werden, der an der Geltendmachung der Nichtigkeit ein besonderes rechtliches Interesse im Sinne des Art. 56 des Gesetzes vom 24.7.1867 besitzt.¹⁾ Dieses Recht wird ihnen aber dann verweigert, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist.²⁾

Wie den Gesellschaftsgläubigern steht den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Optionsrecht zu, wonach sie sich im Prozeß für die Wirksamkeit oder die Nichtigkeit des Unternehmens entscheiden können.³⁾

1) Req. 14.4.1893, S. 1897.1.487; Civ. 7.6.1904, S. 1905.1.8.

2) Req. 5.7.1900, S. 1904.1.190.

3) Arthuys, Bd. I, Nr. 385; Pont, Nr. 1261; Lyon-Caen et Renault, Nr. 235; Houpin et Bosvieux, Nr. 655; Pic, Nr. 295 ff.; Vavasseur, Nr. 931.

Bei der Option für die Nichtigkeit wird aus der ex-tunc-Wirkung derselben fingiert, daß der Geschäftsanteil nie das Vermögen des Schuldners verlassen habe und damit dem Zugriff seiner Gläubiger offenstehe, ohne daß diese das Ergebnis der Teilung abzuwarten brauchten.¹⁾ Die anderen Gesellschafter könnten ihnen Rechte, die sich auf die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags stützten, nicht entgegenhalten.²⁾ Die Gläubiger der Gesellschafter handelten im Namen und aus dem Recht ihrer Schuldner (vgl. Art.1166 C.civ.).

Zur praktischen Anwendung dieser Grundsätze sei noch ausgeführt, daß die Wirksamkeit der Gesellschaft z.B. dann gewählt wird, wenn sie Gewinn erzielt hat, weil sich in diesem Fall der Anteil des Schuldners vergrößert hat und die Liquidation keine Nachteile für den Gläubiger bringen kann. Das gilt indessen nur dann, wenn diesem Gewinn keine größeren Gesellschaftsverbindlichkeiten mehr gegenüberstehen.

Das den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter zugestandene Wahlrecht wird von Hémard, dem Hauptvertreter der Nullité-dissolution-Theorie dadurch angegriffen, daß er darauf hinweist, auch bei einer Nichtigkeitserklärung müsse die Gesellschaft als "société de fait" fortbestehen.³⁾ Ein Wahlrecht könne höchstens insoweit sinnvoll sein, als es geeignet sei, eine für die Gesellschafter auf die Dauer ungünstige Situation zu beenden, die sich aus der Fehlerhaftigkeit des Unternehmens ergäbe. Er schränkt die Rechte der persönlichen Gläubiger ein, indem er ihnen die Ansprüche aus dem Recht des Schuldners nach

1) Hémard, Nr. 547 mit Anm. 1 auf S. 711.

2) Req. 14.4.1893, aaO.; Req. 20.11.1901, S. 1904.1.22; ferner Lyon-Caen et Renault, Bd. II, Nr. 228; Pic, Bd. I, Nr. 313.

3) Hémard, Nr. 547; gegen die herrschende Lehre ebenso Amiens, 28.12.1904, aaO.

Art.1166 C.civ. erst dann zuspricht, wenn alle Gesellschafts-
gläubiger vorweg befriedigt worden sind und einer Teilung
des restlichen Gesellschaftsvermögens nichts mehr im Wege
steht.

3) Der Konflikt zwischen den Gesellschaftsgläubigern
und den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter

a) Die Lösungsversuche der Vertreter der erweiterten
Société-de-fait-Theorie und der Rechtsprechung

Wie bei der Behandlung des Verhält-
nisses der Gesellschaftsgläubiger zum schuldnerischen Unter-
nehmen bereits angedeutet, billigen herrschende Lehre und
Rechtsprechung dem persönlichen Gläubiger eines Gesellschaf-
ters eine besonders günstige Stellung in der Auseinander-
setzung um das Vermögen des Schuldners zu.¹⁾ Das Spannungs-
verhältnis Gesellschaftsgläubiger - Privatgläubiger eines
Gesellschafter tritt in der Praxis häufig auf. Ihm wurde
daher von Wissenschaft und Rechtsprechung großes Interesse
entgegengebracht. Es handelt sich hier vor allem um die Frage,
ob dem Privatgläubiger die juristische Selbständigkeit der
"société de fait" entgegengehalten werden kann und ob er
seinerseits die Möglichkeit hat, sich auf ihr Bestehen oder
ihre Nichtigkeit zu berufen, ob er also in das Schicksal
des fehlerhaften Unternehmens gestaltend eingreifen kann.

Da der Privatgläubiger beanspruchen
kann, sich auch aus demjenigen Vermögensteil seines Schuldners
zu befriedigen, der in einem Unternehmen gebunden ist, kann
ihm ein gewisser Einfluß auf die Gestaltung der weiteren
Verhältnisse der Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage
nicht verwehrt werden. Man billigt ihm daher gegenüber den
Gesellschaftsgläubigern das Recht zu, sich auf das Bestehen
der Gesellschaft zu berufen, wenn er glaubt, daß der Anteil
seines Schuldners Gewinn einbringen wird.²⁾ Andererseits

1) Vgl. dazu oben II,1a,Seite 74.

2) Vgl.Hôbard,Nr.548.

kann er anstelle dessen dingliche Sicherungen am Gesellschaftsvermögen zugunsten von Gesellschaftsgläubigern dadurch für rechtsunwirksam erklären lassen, daß er sich im Rahmen eines ihm zugestandenem Wahlrechts für die Nichtigkeit des Unternehmens entscheidet.¹⁾ Der Kassationshof vertritt hier ebenso wie bei den Gesellschaftsgläubigern den Gedanken der Priorität der Nichtigkeitsoption und sagt, die Privatgläubiger könnten die Nichtigkeit nicht nur den Gesellschaftern, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern entgegenhalten.²⁾ Diese Auffassung erklärt sich u.a. aus der in der Entscheidung dargelegten ablehnenden Haltung zur Frage der Rechtsfähigkeit der "société de fait", die - wie oben dargestellt³⁾ - immer noch ein erheblicher Teil der Rechtsprechung und der Lehre einnimmt.⁴⁾

Auf den Einwand, die Privatgläubiger könnten nicht mehr Rechte haben, als ihre Schuldner, die Gesellschafter, denen die Geltendmachung der Nichtigkeit bei bestimmten Gründen verwehrt sei, entgegnet der Kassationshof, die Privatgläubiger hätten nicht nur die Klage aus dem Recht eines Dritten gemäß Art.1166 C.civ., sondern darüber hinaus ein eigenes Klagerecht, woraus sich das Vorbringen rechtfertige.⁵⁾

Das Optionsrecht läuft praktisch auf eine Entscheidung darüber hinaus, ob die fehlerhafte Gesellschaft überhaupt als "société de fait" behandelt werden soll oder nicht, mit anderen Worten, ob sie nach gesellschaftsrechtlichen Regeln liquidiert oder nur als einfache Vermögensgemeinschaft auseinandergesetzt werden soll.

1) Civ.7.6.1904, S.1905.1.8.

2) Civ.11.5.1870, S.1870.1.428.

3) Vgl.oben I,4a, Seite 62 ff.

4) In Zshg.m.d.hier erörterten Frage vgl.Lyon-Caen et Renault, Bd.II,Nr.228;Houpin et Bosvieux,Bd.I,Nr.803;Escarra et Rault,Bd.I,Nr.194; anders aber Hémard,Nr.549 ff. und Lacour et Bouteron,Bd.I,Nr.493.

5) Req.14.4.1893,D.1894.1.91; in der Lehre ebenso Escarra et Rault,Bd.I,Nr.194; anders Hémard,Nr.549 ff. und Lacour et Bouteron,Bd.I,Nr.269.

Stehen sich zwei Hypothekengläubiger gegenüber - der eine als Gesellschafts- und der andere als Privatgläubiger - so kann sich die folgende Lage ergeben:

Wurde die Hypothek des Privatgläubigers eines Gesellschafters vor Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft bestellt, so bleibt sie infolge ihrer absoluten Wirkung auch dann wirksam, wenn das Grundstück später zum Vermögen der "société de fait" gehört. Wurde anschliessend eine Hypothek zugunsten eines Gesellschaftsgläubigers durch die Gesellschaft bestellt (z.B. an eine Bank für gewährten Kredit), so erlischt diese Hypothek in dem Augenblick, in dem die Nichtigkeit des Unternehmens auf Grund des Antrags des Privatgläubigers gerichtlich festgestellt wird. Das wird damit begründet, daß die dingliche Sicherung des Gesellschaftsgläubigers als an einer fremden Sache bestellt gilt, weil das Grundstück mit Rechtskraft der Nichtigkeitsprechung der Gesellschaft in das Vermögen des einbringenden Gesellschafters zurückfällt. Die Gesellschaft konnte somit keine wirksame Hypothek bestellen.¹⁾

Der Privatgläubiger ist also gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger stark begünstigt. Das gleiche gilt, wenn der Privatgläubiger lediglich auf Grund einer einfachen, ungesicherten Forderung für die Nichtigkeit des Unternehmens optiert. Dem Einwand, das dingliche Recht des Gesellschaftsgläubigers könne doch nicht schwächer sein, als die rein obligatorische Forderung des Privatgläubigers, wird mit der Fiktion begegnet, daß das strittige Grundstück überhaupt nicht aus dem Vermögen des einbringenden Gesellschafters herausgekommen sei.²⁾

1) Req.14.4.1893, D.1894.1.91

2) Gegen diese Auffassung der Cour de cassation (aaO.) wenden sich Hémard, Nr.548; Pic.Bd.I, Nr.299 und Dolbeau, S.59.

Diese Auffassung ist ebenso wie die Annahme des direkten Rückfalls in das Privatvermögen des Gesellschafters konstruktiv und rechtspolitisch deshalb bedenklich, weil man der "société de fait" die Eigenschaft, eigenes Vermögen zu besitzen, nicht gut absprechen kann, ohne gleichzeitig den Begriff der "société de fait" selbst aufzugeben.

Gegen die Folgen dieser Konstruktion wandten sich spätere Entscheidungen der Cour de cassation, indem sie die Hypotheken der Rangstelle nach gelten lassen wollten.¹⁾ Diese Methode muß aber ebenfalls unbefriedigend bleiben. Sie stellt weder die Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie zufrieden, für die der einbringende Gesellschafter mit Übergabe des Grundstücks endgültig seine Rechte daran verloren hat, weil die Gesellschaft als "société de fait" ebenfalls alleiniger Rechtsträger bleibt, noch die Anhänger der erweiterten Theorie, welche mit der überwiegenden Rechtsprechung im Wege der geschilderten Fiktion den Gesellschaftsgläubigern im Verhältnis zu den Privatgläubigern der Gesellschafter alle Rechte verweigern wollen.²⁾

Durch das rückwirkende Erlöschen der Hypotheken von Gesellschaftsgläubigern ergeben sich für den Kreditverkehr unbillige Ergebnisse. Auf der Suche nach einem Ausgleich bot sich zunächst folgender Weg: der Gesellschaftsgläubiger mußte zu erreichen suchen, daß bei der Hypothekenbestellung alle Gesellschafter mitwirkten. Auf diese Weise wird er gleichzeitig persönlicher Gläubiger eines jeden Gesellschafters, wenn die Gesellschaft für nichtig erklärt wird und die Verbindlichkeiten direkt auf die Gesellschafter übergehen.

- 1) Durch Anwendung der Regel "prior tempore, potior jure", (vgl. auch oben S.83); vgl. Req. 20.11.1901, aaO. und Civ. 1.3.1938, D.H. 1938, 257.
- 2) Hémar, Nr. 566 am Ende; zur Auff. der Cour de cassation im Urteil vom 19.3.1946 in J.C.P. 1946 II 3125 in Anm. kritisch Becqué.

Die Hypothekenbestellung gilt dann als persönliche Bestellung des Gesellschafters am eigenen Grundstück und führt zur Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers.¹⁾

Man kann hier von einer Art doppelter Sicherung sprechen; der Gesellschaftsgläubiger wird gleichzeitig zum Privatgläubiger. Das Vermögen der nichtigen Gesellschaft wird nach der erweiterten Société-de-fait-Theorie zu einer einfachen Vermögensgemeinschaft, wobei der Anteil eines jeden Gesellschafters samt dem erzielten Gewinn in sein Privatvermögen zurückfällt. Für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften die Gesellschafter gesamtschuldnerisch. An den Geschäftsanteilen erlangen die Gesellschaftsgläubiger die Stellung von persönlichen Gläubigern der einzelnen Gesellschafter. Weil aber ihre Hypotheken ebenso wie andere Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen untergegangen sind,²⁾ befinden sie sich gegenüber den "echten" Privatgläubigern im Nachteil. Sie können auch nicht die Konkurseröffnung über die Gesellschaft beantragen; denn dies ist wegen des Untergangs der Gesellschaft als juristische Person unzulässig.³⁾

In anderen Fällen wurde versucht, den Gesellschaftsgläubigern durch die Anwendung des Rechtscheinprinzips zu helfen. Unter Berufung auf den von den Gesellschaftern gesetzten Rechtsschein für das Bestehen einer ordnungsmäßigen Gesellschaft gab z.B. die Cour d'Appel de Paris einer Klage gegen den Liquidator einer bereits in der Auseinandersetzung begriffenen Gesellschaft

1) Lagarde in Rép.Com.Bd.III,aaO.,Nr.77 ff.

2) Civ.11.7.1870, D.1870.1.406.

3) Boistel, Nr.360 und 894; Lacour et Bouteron,Bd.I,Nr.267.

auf vorzugsweise Befriedigung auf Grund der besonderen dinglichen Sicherungen statt.¹⁾ Ebenso wie dieses Gericht zeigt neuerdings auch der Kassationshof mehr Verständnis für die untragbare Rechtsunsicherheit im Verhältnis der Gesellschafter zu ihren Gläubigern. Er stellte fest, daß durch die Nichtigkeit der Gesellschaft die durch sie bestellten Hypotheken am Gesellschaftsgrundstück nicht untergingen, weil die "société de fait" die scheinbare Eigentümerin des Grundstücks gewesen sei und der Gläubiger nicht das Opfer eines Rechtsscheins sein dürfe. Zwischen den Interessen der Gläubiger sei ein angemessener Ausgleich zu finden.²⁾

Das wurde in einem Fall dadurch versucht, daß man dem Gesellschaftsgläubiger denjenigen Betrag des Gesellschaftsvermögens zusprach, der dem Anteil des ehemaligen Gesellschafters am Passivum des Gesellschaftsvermögens entsprach, da es sich bei der Forderung um eine Gesellschaftsverbindlichkeit handelte. Das restliche Vermögen des Gesellschafters sollte der Befriedigung der persönlichen Gläubiger dienen.³⁾

Was für die Hypotheken der Gesellschaftsgläubiger ausgeführt wurde, gilt entsprechend auch für andere dingliche Sicherungen. Sie behalten ihren Inhalt am sichersten dann, wenn der das Grundstück einbringende Gesellschafter selbst bei der Bestellung der Sicherung mitwirkt.⁴⁾

1) Paris, 12.7.1905, D.1907.2.140.

2) Req.12.2.1941, S.1941.1.68; Req.19.3.1946, J.C.P.1946 II 3125. Im letzteren Fall wird auf den guten Glauben und den Irrtum der Gl. über die Wirksamkeit der Ges. abgestellt. Die von einer formnichtigen AG an einem ihrer Grundstücke bestellte Hypothek blieb daher wirksam.

3) Nancy, 10.12.1924, D.1925.2.95; damit wurde das in Bezug auf Gesellschaftsverbindlichkeiten geltende Prinzip der Haftung eines jeden Gesellschafters auf die ganze Schuld aufgegeben.

4) Dargestellt am Fall eines Pfandrechts am Geschäftsvermögen in Civ.7.6.1904, S.1905.1.8.

Im Spannungsfeld Gesellschaftsgläubiger - Privatgläubiger ist schließlich die Frage nach dem rechtlichen Bestand der Zession von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters von Bedeutung. Da die herrschende Meinung davon ausgeht, daß der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschaft selbst ihre Wirksamkeit für die Vergangenheit nur zwischen den Vertragspartnern behalten, folgert die Cour de cassation, daß eine im Lauf der faktischen Existenz des Unternehmens vorgenommene Übertragung eines Geschäftsanteils an einen Dritten im Fall der Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft einem persönlichen Gläubiger nicht entgegengehalten werden könne.¹⁾ Das gelte besonders dann, wenn die Gesellschaftseinlage auch ein Grundstück umfasse, welches mit einer Zwangshypothek zugunsten des persönlichen Gläubigers belastet sei. Falls dieser Gläubiger im Anfechtungsprozeß die Nichtigkeit der Gesellschaft wähle, so falle der übertragene Anteil mit ex-tunc-Wirkung in das Vermögen des Zedenten zurück und stehe dem Zugriff des persönlichen Gläubigers offen.²⁾

Nach dieser Betrachtungsweise konnte der Anteil also gar nicht zediert werden. Im konkreten Fall vertrat die Cour de cassation diese Auffassung zugunsten eines persönlichen Gläubigers, als ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ein Grundstück, das er als Geschäftsanteil eingebracht hatte, unter Beachtung der Formvorschriften des Art.1690 C.civ. auf seine Ehefrau übertragen hatte. Die Ehefrau konnte an dem Grundstück keine Rechte geltend machen. Auch die sonstigen Rechte und Pflichten, die mit der Zession des Anteils an der Gesellschaft auf sie übergehen sollten, wurden ihr nicht zugebilligt.³⁾

1) Req.14.4.1893, D.1894.1.91.

2) Aus der Hypothek könnte sich der Privatgl. natürlich auch dann befriedigen, wenn das Grundstück der Gesellschaft gehört. Hat er jedoch z.B. eine schlechte Rangstelle, die den Ausfall der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren befürchten läßt, so ist die Wahl der Nichtigkeit deshalb sinnvoll, weil die Forderung dann auch aus dem restlichen Geschäftsanteil, der nicht in Grundstücken besteht, befriedigt werden kann, der wieder Privatvermögen seines Schuldners geworden ist.

3) Req.14.4.1893, aaO.; vgl. dazu auch Req.20.11.1901, D.1907.1.217.

b) Die konstruktive Kritik der Anhänger der
Nullité-dissolution-Theorie

In der Auseinandersetzung innerhalb der Lehre ergaben sich insbesondere drei Kernfragen, welche zu einem umfangreichen Meinungsstreit führten. Diese Fragen, auf die im Rahmen der dargestellten Lösungswege der Cour de cassation bereits einzugehen war, gehen von dem Problem aus, ob die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern derart weitgehend bevorzugt werden dürfen, wie das die Rechtsprechung und ein erheblicher Teil der Literatur durchführt; nämlich ob einerseits der Grundsatz der solidarischen Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufgegeben werden darf, und andererseits eingetragene Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gegenüber persönlichen Gläubigern garantiert werden können. Hiermit ist die Frage danach verbunden, ob die Gesellschaftsgläubiger die Möglichkeit besitzen, über die Gesellschaft den Konkurs eröffnen zu lassen, da ihnen hieraus wiederum ein besonderes Pfandrecht am Gesellschaftsvermögen erwachsen würde. Die dritte Frage besteht schließlich darin, ob die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter die Nichtigkeit derjenigen Maßnahmen der Gesellschaft herbeiführen können, die ihre Befriedigungsrechte schmälern könnten, insbesondere ob sie dingliche Sicherungen am Geschäftsvermögen für nichtig erklären lassen können.

Während diese Fragen von den Vertretern der erweiterten Theorie zusammen mit der Rechtsprechung jeweils zugunsten der Privatgläubiger gelöst werden, wie in der bisherigen Darstellung des Problemkreises zu zeigen versucht wurde, sehen die Vertreter der engeren Theorie über die "société de fait" - allen voran Hémard¹⁾ - hierin erhebliche Widersprüche zu den Gedanken ihrer Theorie. Geht man wie sie davon aus, daß die "société de fait" mit absoluter Wirkung

1) Hémard, Nr. 548-566.

gegenüber jedermann an die Stelle des fehlerhaften Gebildes tritt, so kann man die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter nicht in der Weise vorziehen, wie dies durch die Vertreter der erweiterten Theorie geschieht.

Da die fehlerhafte Gesellschaft nach der Nullité-dissolution-Theorie ihr eigenes Vermögen behält und juristische Person bleibt, kann sie Teile ihres Vermögens rechtswirksam veräußern oder belasten. Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf Dritte oder die Belastung des Vermögens als Einheit sind daher möglich. Sie ist gegenüber den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter rechtswirksam, soweit die für die einzelnen Rechtsgeschäfte vorgesehenen Formvorschriften eingehalten worden sind. Bei der Zession eines Gesellschaftsanteils ist z.B. Art.1690 C.civ. zu beachten, bei einer Hypothekenbestellung muß u.a. die Eintragung beim Grundbuchamt vorliegen, die Bestellung eines Pfandrechts am Geschäftsvermögen schließlich muß über die Verwaltungsstelle des Handelsgerichts veröffentlicht worden sein (Gesetz vom 17.März 1909). Nur bei der Verletzung von Formvorschriften oder im Falle der Vermögensverschiebung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung soll der Privatgläubiger des Gesellschafters die Transaktion für nichtig erklären lassen können.¹⁾

Nach Ansicht der Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie haften die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern als Gesamtschuldner, auch wenn persönliche Gläubiger einzelner Gesellschafter vorhanden sind. Die Gesellschaftsgläubiger verlieren den Vorteil der gesamtschuldnerischen Haftung nicht, wie er zu ihren Gunsten ausdrücklich in Art.22 C.com. festgelegt ist.²⁾ Die Gegner dieser Meinung bringen vor, daß gegenüber den persönlichen Gläubigern

1) Hémar, Nr.550.

2) Art.22 C.com.: "...les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société ...".

der Gesellschafter die Gesellschaft nie bestanden habe; man könne ihnen daher die solidarisische Haftung der Gesellschafter nicht entgegenhalten.¹⁾ Für die Vertreter der Nullité-dissolution-Theorie kann das nicht durchgreifen, weil nach ihrer Auffassung die "société de fait" mit allen gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen weiterbesteht. Die Existenz von persönlichen Gläubigern könne hieran nichts ändern. Im übrigen spreche für die Nullité-dissolution-Theorie die im Handelsrecht herrschende gesetzliche Vermutung der gesamtschuldnerischen Haftung von Gesellschaftern.²⁾ Da auch die herrschende Lehre den Gesellschaftsvertrag fortbestehen lassen will, sind konsequenterweise auch dessen gesellschaftsrechtliche Auswirkungen, wie die gesamthänderische Bindung der Gesellschafter, anzuerkennen.³⁾

Breiten Raum nimmt schließlich der Streit um die Frage ein, ob das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen untergeht oder nicht, wenn das Unternehmen zu einer "société de fait" erklärt wird. Aus der sehr umfangreichen Judikatur und Literatur hierzu können im Rahmen dieser Darstellung nur einige wesentliche Grundgedanken entnommen werden.⁴⁾

Das Grundproblem kann auf einen Kern zusammengedrängt werden: gesteht man der Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage eine Außenwirkung gegenüber Dritten zu, so bleiben die bisherigen Rechte Dritter bestehen, somit auch das Recht der Gesellschaftsgläubiger auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen. Billigt man ihr jedoch die Rechtswirksamkeit nur inter partes zu, so müssen

1) Arthuys, Bd. I, Nr. 386; Lyon-Caen et Renault, aaO., Nr. 238; Nyssens et Corbiau, Bd. I, Nr. 422; Pic, Bd. I, Nr. 299; Pont, aaO., Nr. 1274; sowie Trib. com. Marseille, 26.7.1894, J.S. 1896, 380 und Nancy, 10.12.1924, D. 1925.2.95.

2) "En matière commerciale la solidarité passive se présume", vgl. Molinier, Bd. I, Nr. 292 und Boistel, Nr. 360.

3) Hémard, Nr. 551.

4) Ausführlich m. zahlr. Hinweisen und Zitaten vgl. Hémard, Nr. 553 ff. Über die Bestellung dieses Rechts vgl. Artt. 8 ff. des Ges. v. 17.3.1909.

mit der Wichtigkeit des Unternehmens im Außenverhältnis alle damit verbundenen Rechte untergehen; es sei denn, es wird erfolgreich für die Rechtswirksamkeit der Außengesellschaft optiert. Von diesen grundlegend verschiedenen Auffassungen gehen die Vertreter der entgegengesetzten Theorien aus.

Nach einer nur in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vertretenen Ansicht sollten die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter vor den Gesellschaftsgläubigern absoluten Vorrang besitzen, weil die letzteren kein Vorzugsrecht an den Einlagen der Gesellschafter besitzen könnten, die ursprünglich persönliches Vermögen der Gesellschafter gewesen und automatisch wieder als solches zu würdigen seien, sobald die Gesellschaft nichtig ist.¹⁾ Nach dieser Meinung soll die fehlerhafte Gesellschaft keine Außenwirkung besitzen.

Die in letzter Zeit am häufigsten vertretene Ansicht ist, daß die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den persönlichen Gläubigern keine Vorzugsrechte besitzen.²⁾ Die Gesellschaftsgläubiger werden in der nichtigen Gesellschaft zu konkurrierenden Privatgläubigern der Gesellschafter. Durch die Anwendung der erweiterten Sociétés-de-fait-Theorie verlieren sie ihre günstige Stellung. Da die Gesellschaft durch die Nichtigerklärung ihre Rechtsfähigkeit verloren hat, kann sie nicht mehr in Konkurs fallen. Die Gesellschaftsgläubiger können also keine Konkurseröffnung beantragen. In einem solchen Verfahren wären die persönlichen Gläubiger von der Auseinandersetzung insoweit ausgeschlossen, als hier in erster Linie die Gesellschaftsgläubiger zum Zuge kommen. Der Konkurs erstreckt sich

1) Urteil der "Chambre des requêtes" der Cour de cassation vom 13.2.1821, in S.chron. unter diesem Datum. Vgl. ferner Pardessus, Bd. IV, Nr. 1010 (5. Aufl. 1841).

2) Vgl. ausführliche Zitate von Lehre und Rspr. bei Hémard, Nr. 555, Anm. 3; außer diesen Hamel et Lagarde, Bd. I, Nr. 461; Escarra, Nr. 589 und Jean Hémard, S. 147.

zwar gleichzeitig auf die Gesellschafter persönlich, doch wird das im Einzelfall eine geringe Rolle spielen, weil das Hauptvermögen Bestandteil des Geschäftsvermögens sein wird, an dem die Gesellschaftsgläubiger ein besonderes Pfandrecht erwerben würden. Die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter können sich deshalb gegen die Konkursöffnung wenden oder ein bereits eröffnetes Verfahren für unzulässig erklären lassen.¹⁾

Die Gegner der erweiterten Theorie meinen, daß sich das Fortbestehen des Vorzugsrechts der Gesellschaftsgläubiger bereits aus dem Wesen der "société de fait" erkläre.²⁾ Die Gleichstellung von Privat- und Gesellschaftsgläubigern bedeute den Ausspruch der absoluten Nichtigkeit und ein Aufgeben der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, weil man ein selbständiges Gesellschaftsvermögen leugne. Das werde den tatsächlichen Gegebenheiten und der Aktivität des Unternehmens im Wirtschaftsleben nicht gerecht. Es sei ferner untragbar, die Entscheidung über die Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft u.U. einem einzigen Privatgläubiger zu überlassen und ihm damit das Urteil über die Interessen einer großen Anzahl von Gesellschaftsgläubigern auszuliefern. Ihrem Wesen nach müsse die fehlerhafte Gesellschaft nicht nur als Innen- sondern auch als Außengesellschaft wirksam sein. Eine andere Auffassung müsse zu lebensfremden Ergebnissen führen und sei vom Standpunkt der Rechtssicherheit unvertretbar. Ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen lasse sich allenfalls dadurch ermöglichen, daß man das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger auf die geleisteten Einlagen beschränke - was von Fall zu Fall zu überprüfen sei -, während die Gläubiger bezüglich des noch nicht eingezahlten Teils und des restlichen

1) Civ.26.2.1913, S.1913.1.134; Nancy, 10.12.1924, D.1925.2.95.

2) Hénard, Nr. 557 ff.; Bravard-Veyrières et Demangeat, Bd. I, S. 205; Lacour et Bouteron, aaO., Nr. 269 und Thaller et Percerou, aaO., Nr. 548.

Privatvermögens gleich zu behandeln seien. Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorzugsrechts sei ferner die ordnungsgemäße Übertragung der Einlagen auf die Gesellschaft, wenn diese in Grundstücken, einheitlichen Geschäftsvermögen oder Erfinderpatenten bestünden. Die Rechte der Vorbesitzer, also der einbringenden Gesellschafter, sollten den Rechten der Gesellschaftsgläubiger vorgehen, wenn diese Übertragungsakte nicht ordnungsgemäß vorgenommen worden seien, sondern an Publikationsmängeln oder anderen Fehlern litten, da die Gesellschaft dann nicht rechtswirksam Eigentümerin dieser Einlagen geworden sei.

Sind die persönlichen Gläubiger dinglich gesichert, so sollen diese Rechte dem Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger dann vorgehen, wenn die Sicherung vor Einbringung der als Sicherheit dienenden Sache in das Gesellschaftsvermögen bestellt worden war, da diese Belastung nicht mit Einbringung der Sache in das Unternehmen erlischt. Für die Auseinandersetzung gelte die Rangstellenfolge der dinglichen Berechtigungen. Die Auffassung, Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen oder Hypotheken von Gesellschaftsgläubigern an einzelnen Teilen des Gesellschaftsvermögens seien nichtig, weil sie an einer fremden Sache bestellt worden seien, scheitere bereits am Wesen der "société de fait" als einer Gesellschaft mit Außenwirkung.¹⁾

1) Vgl. dazu Hémard, Nr. 557 ff. und Lacour et Bouteron, aaO., Nr. 269.

C. Die faktische Gesellschaft im deutschen Recht

Sinn und Grenzen einer Harmonisierung mit der

"société de fait"

Erster Abschnitt: Die Entstehung der faktischen Gesellschaft

I. Die Entwicklung des Gedankens der faktischen Gesellschaft in Deutschland

Anders als in Frankreich hat man in Deutschland im 19. Jahrhundert ein besonderes Problem der faktischen Gesellschaft zunächst nicht anerkannt. Die Stellung der Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage im Rechtsleben wurde zwar gelegentlich erörtert,¹⁾ es kam jedoch darüber hinaus nicht zur Entwicklung einer bestimmten Lehre oder einer Rechtsprechung zur faktischen Gesellschaft. Dies gilt auch für die erste Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Anstelle einer Würdigung der besonderen Problematik wurden die allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ohne Einschränkung angewendet. Später billigte das Reichsgericht der faktischen Außengesellschaft unter Berufung auf den gesetzten Rechtsschein volle Rechtswirksamkeit zu. Die Anerkennung der Innengesellschaft wurde aber noch mit der Begründung verweigert, daß sich aus dem Rechtsscheingedanken die Wirksamkeit des Innenverhältnisses nicht herleiten lasse.²⁾

1) Vgl. z.B. die in der Vorbemerkung auf Seite 3 zitierten Erörterungen auf der Nürnberger Konferenz von 1857/60 über die Schaffung eines ADHGB. Wie aus den bei v. Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers, aaO., S. 31 ff. abgedruckten Protokollen ersichtlich ist, wurde das Problem der fehlerhaften Gesellschaft von den Konferenzteilnehmern aus Württemberg und Baden vorgebracht, deren Länder unter dem Einfluß des Code civil standen und die mit der Entwicklung des französischen Privatrechts besonders vertraut waren.

2) Vgl. RG in JW 1927, 1242.

In späteren Jahren kam das Reichsgericht jedoch zur Erkenntnis, daß die rechtliche Anerkennung einer faktischen Gesellschaft im Außenverhältnis notwendig die Annahme des Bestehens eines Gesellschaftsverhältnisses auch im Innenverhältnis nach sich zieht.¹⁾ Es ging dabei vor allem von der Bedeutung der bisherigen Tätigkeit der Gesellschaft aus, der eine rechtliche Würdigung auch im Verhältnis der Gesellschafter zueinander nicht versagt bleiben kann. Die dogmatische Begründung lieferte die "Erklärung an die Öffentlichkeit", die im Auftreten der Beteiligten als Gesellschafter liegt und der auch im Innenverhältnis wirksame Rechtsbeziehungen zugrunde liegen müssen.²⁾

Es sind gerade die Fragen der Innengesellschaft, die zu Auseinandersetzungen Anlaß geben, da die Interessenlage bei den Gesellschaftern untereinander schwieriger zu beurteilen ist, als die Frage nach der Befriedigung der Gläubigerinteressen, die sich auf das Rechtsscheinsprinzip stützen können. Während die Fragen der Außengesellschaft weitgehend geklärt sind, beschränkt sich die Problematik der faktischen Gesellschaft heute im wesentlichen auf das Innenverhältnis der Gesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage.

Für Kapitalgesellschaften ist teils gesetzlich, teils gewohnheitsrechtlich festgelegt, daß Gründer oder Beitretende sich ihrer übernommenen Verpflichtungen nicht durch Berufung auf Willensmängel entziehen

1) Erst ab RG JW 1935,2617; später RGZ 148,225(231,232); 165,193(202-206) und 170,98(109);vgl. dazu Schumann in DR 1943,1193.

2) Vgl. RGZ 147,257(273,274) und 148,225(231,232): "Hat eine Genossenschaft unangefochten langjährig bestanden und ihren Betrieb nach den Bestimmungen des Gesetzes und des in seinem Rahmen festgesetzten Statuts geführt, dann haben sich ihre Rechtsbeziehungen nicht nur nach außen, sondern auch im Innenverhältnis ihren Mitgliedern gegenüber gestaltet, fortentwickelt und abgewickelt."

können und daß der Nichtigkeit der Körperschaft keine Rückwirkung zukommt, weil sich die Gesellschaftsgläubiger nur an die Kapitalgesellschaft selbst, d.h. an die Kapitalgrundlage der juristischen Person halten können. Es muß daher verhindert werden, daß ein Mitglied der Körperschaft seine Einlage zurückfordern kann.¹⁾

Bei den Personalgesellschaften gibt es insoweit Ausnahmen, als z.B. bestimmte Gesellschafter Willensmängel beim Vertragsschluß zu ihren Gunsten geltend machen und unter Berufung hierauf ihre Einlagen zurückfordern können. Die für die Körperschaften aufgestellten Regeln der §§216-218 AktG, bzw. §§75-77 GmbHG können daher nicht uneingeschränkt auch für die Personalgesellschaften übernommen werden. Der ihnen zugrunde liegende allgemeine Rechtsgedanke des Verkehrs- und Bestandschutzes, der in wirtschafts- und sozialpolitischen Erwägungen wurzelt, dient aber als Ausgangspunkt für die rechtliche Konstruktion der Personalgesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage.²⁾

Der Bundesgerichtshof erkannte die Grundsätze der faktischen Gesellschaft unter Fortentwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts ebenfalls an. Die Lehre entwickelte unterschiedliche Theorien, die aber erst nach 1930 konkrete Gestalt gewannen.³⁾ Eine eingehende Darstellung der heutigen Lehren und der Rechtsprechung ist nur an Hand der Einzelfragen möglich. Sie folgt daher im Laufe der weiteren Ausführungen nach einer Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für die Entstehung der faktischen Gesellschaft.

1) Vgl. §§216 ff. AktG; vgl. dazu Siebert, BB 1958, 1065 mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. näher unten bei der Erörterung der einzelnen Fragen, Seite 96 ff.

3) Vgl. als einen der ersten Siebert in "Deutsche Rechtswissenschaft" 1936, S. 228.

II. Die konstituierenden Elemente einer Gesellschaft
im deutschen Recht im Unterschied zum französischen
Recht

Die Grundlagen des Gesellschaftsrechts gehen infolge der verschiedenen gearteten Struktur beider Systeme im einzelnen weit auseinander. Während z.B. Art.1832 C.civ. ein gemeinsames Gesellschaftsvermögen, Gewinn- und Verlustbeteiligung aller Gesellschafter und die "affectio societatis" im Rahmen eines Vertragsverhältnisses für die Anwendung weiterer gesellschaftsrechtlicher Normen voraussetzt, sieht §705 BGB das Wesen der Gesellschaft (für die Personalgemeinschaften) in der Verpflichtung, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. An die Stelle der Einlageleistungspflicht im französischen Recht tritt in Deutschland bei den Gesellschaften nach HGB und BGB die Beitragspflicht, d.h. ein gemeinsames Vermögen ist nicht unbedingt Voraussetzung zur Anwendung von Gesellschaftsrecht, wie Art.1832 C.civ. bestimmt. Der Begriff der "Beiträge" ist weitergehend als der französische Begriff der "Einlagen",¹⁾ da Beiträge bei den Personalgemeinschaften alle vermögenswerten Leistungen der Gesellschafter sein können, die den Gesellschaftszweck fördern (§§ 705,706 BGB)²⁾.

Für Kapitalgesellschaften, die als juristische Personen körperschaftlich organisiert sind, gelten andere Grundsätze. Bei der Aktiengesellschaft sind z.B. anstelle von Beiträgen Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital zu machen (§1 AktG). Das Grundkapital der Aktiengesellschaft wird dadurch aufgebracht, daß eine feste Verpflichtung zur Einzahlung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags der Aktien oder zur Leistung von Sacheinlagen übernommen wird.

1) Vgl. oben B,1.Abschnitt,II,2,Seite 17.

2) Vgl. näher bei Baumbach-Duden, Anm.4 zu § 109.

Es muß nicht sofort das ganze Kapital eingezahlt werden. Bei der Simultangründung müssen die Gründer selbst alle Aktien übernehmen. Die Übernahme der Aktien bedarf der notariischen Form. (§§ 20-22 AktG). Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien kommen zu dem von den Kommanditaktionären aufgebrauchten, in Aktien zerlegten Grundkapital die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter, woraus sich das Gesamtkapital der Gesellschaft ergibt (§219 AktG).

Die in Deutschland erforderliche "gegenseitige Verpflichtung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise", die für Personalgesellschaften gilt, entspricht etwa der französischrechtlichen "affectio societatis". Die Festlegung der Gewinn- und Verlustbeteiligung ist als Konstitutivakt ebenso wie die sonstige nähere Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags bei der Gründung einer deutschen Personalgesellschaft nicht notwendig, sie kann auch erst später vorgenommen werden. Strengere Vorschriften gelten jedoch bei Kapitalgesellschaften. Die Satzung einer Aktiengesellschaft muß mindestens die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, die Nennbeträge und die Gattung der einzelnen Aktien, die Art der Zusammensetzung des Vorstands und die Form der Bekanntmachung der Gesellschaft bestimmen. (§16 Abs.3 AktG). Die Anteile am Gewinn bestimmen sich nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge, die Einzelheiten der Gewinnverteilung können durch die Satzung bestimmt werden. (§53 AktG). Für die KGaA gelten die Vorschriften des §16 Abs.3 AktG, anstelle des Vorstands sind die persönlich haftenden Gesellschafter und ihre nicht auf das Grundkapital geleisteten Vermögenseinlagen in der Satzung anzugeben. (§222 AktG).

Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist im Gesellschaftsvertrag neben Firma und Sitz der Gesellschaft und dem Gegenstand des Unternehmens der Betrag des Stammkapitals und der Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage anzugeben. (§3 GmbHG). Die Art der Gewinnverteilung kann in der Satzung angegeben werden (§29 GmbHG)

Ein weiterer Punkt, in dem sich die beiden Rechtssysteme unterscheiden, ist die Form des Gesellschaftsvertrags. Während Art.1832 C.civ. praktisch für jeden Fall Schriftform vorschreibt, herrscht im deutschen Recht teils Formstrenge, teils Formfreiheit. So besteht bei den Personalgesellschaften Formfreiheit, soweit nicht gerade ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht wird, dann ist §313 BGB zu beachten, während bei Kapitalgesellschaften die Satzung durch gerichtliche oder notarische Beurkundung festgestellt (§ 16 AktG), bzw. der Gesellschaftsvertrag in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen werden muß (§ 2 GmbHG).

Die Veröffentlichungsvorschriften stimmen darin überein, daß die Gesellschaften zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden sind. Die Pflicht zur Veröffentlichung im "Journal d'annonces légales" und im "Bulletin officiel du registre de commerce et du registre des métiers"¹⁾ entspricht etwa der Publikationspflicht der Aktiengesellschaft bzw. der offenen Handelsgesellschaft im Bundesanzeiger und den Gesellschaftsblättern (§§ 18 AktG, 10 HGB). Der wesentliche Unterschied bei der Behandlung von OHG, KG und BGB-Gesellschaft liegt darin, daß es im deutschen System keine gerichtliche Geschäftsstelle gibt, bei der zwei Vertragsausfertigungen zu hinterlegen sind. Ein Parallelfall ergibt

1) vgl. oben B 1. Abschnitt II 1, Seite 112 ff.

sich jedoch bei den Kapitalgesellschaften. Bei der Aktiengesellschaft und der KG auf Aktien ist der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister die Satzung beizufügen (§ 29 Abs.2 Nr.1 und § 225 Nr.1 AktG), bei der GmbH muß der Gesellschaftsvertrag beigelegt sein (§ 8 Abs.1 Nr.1 GmbHG). Im übrigen entsprechen die in §29 AktG genannten Anmeldungsvorschriften über die beizufügenden weiteren Urkunden und Berichte weitgehend den diesbezüglichen Vorschriften des Art.55 des Gesetzes vom 24.Juli 1867.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Handelsrecht besteht schliesslich darin, daß alle französischen Handelsgesellschaften volle Rechtspersönlichkeit besitzen, während dies im deutschen Recht uneingeschränkt nur für Kapitalgesellschaften gilt. Die Folgen für die Behandlung der französischen fehlerhaften Personengesellschaft liegen insbesondere in der Würdigung des Außenverhältnisses. Handelt es sich z.B. um ein Unternehmen, das unter Verletzung von Verbotsgesetzen gegründet wurde, so ist seine Anerkennung als faktische Gesellschaft ausgeschlossen, da sich der "ordre public" gegen die Würdigung einer solchen Gesellschaft als juristische Person wendet. Der Gesellschaftsvertrag kann hingegen zur Regelung der Verhältnisse der Innengesellschaft herangezogen werden. Auf Grund dieser Teilung in die vertragliche Innengesellschaft und die Außengesellschaft als juristische Person gewährt die französische Rechtsprechung zur Abwicklung der Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Dritten den beteiligten Dritten ein sog."Optionsrecht" zur Entscheidung über die Frage, ob die Gesellschaft für ihre bisherige Tätigkeit im Außenverhältnis als nichtig oder als rechtswirksam zu betrachten ist.

Während man also in Frankreich aus der besonderen Rechtsform der Personalgesellschaft als juristischer Person bei Sittenwidrigkeit oder verletzten Verbotsgesetzen zum Verstoß gegen den "ordre public" und somit zur Nichtigkeit der juristischen Person kommt, erreicht das deutsche Recht dasselbe Ziel, indem es die Nichtigkeitsfolge auf die reine Gesetzesverletzung schlechthin eintreten läßt.

Ebenso wie im französischen Recht müssen schliesslich alle allgemeinen Erfordernisse des Vertragsrechts erfüllt sein, die im wesentlichen übereinstimmen, wie die Geschäftsfähigkeit der Gesellschafter, die zulässige Rechtsgrundlage (§§ 134, 135, 138 BGB) und die Freiheit von Willensmängeln.

III. Die fehlerhafte Gesellschaft und ihre Behandlung

1. Mindestanforderungen zur Anerkennung als Gesellschaft

Eine Gesellschaft ist dann als fehlerhaft zu bezeichnen, wenn entweder zum Zeitpunkt ihrer Gründung gegen die Gründungsvoraussetzungen oder späterhin gegen Strukturprinzipien oder Organisationsregeln verstoßen wird. Solche Mängel können, wenn sie schwerwiegend und irreparabel sind, der Rechtswirksamkeit der Gesellschaft entgegenstehen und zur faktischen Gesellschaft führen. Vor der Erörterung solcher Hauptmängel müssen die Voraussetzungen festgestellt werden, welche an das Vorliegen auch einer fehlerhaften Gesellschaft gestellt werden müssen, da andernfalls an eine Anerkennung auch bloß als faktische Gesellschaft nicht gedacht werden kann.

a) Die Invollzugsetzung der Gesellschaft

Die Gründe für die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft liegen in Frankreich und Deutschland im Gedanken des Schutzes des Vertrauens Dritter auf den Bestand des in Rede stehenden Unternehmens und der "Anerkennung von Rechtstatsachen".¹⁾ Derartige Argumente entfallen, solange die Vereinigung noch nicht im Rechtsleben in Erscheinung getreten ist und mit der Außenwelt Rechtsbeziehungen geknüpft hat, also noch nicht in Vollzug gesetzt worden ist. Erste Voraussetzung für die Annahme einer "faktischen" Gesellschaft, d.h. eines fehlerhaften Unternehmens, das trotz seiner Mängel nach gesellschaftsrechtlichen Normen behandelt werden soll, ist demnach die bereits erfolgte Invollzugsetzung der Gesellschaft. Nur dann gibt es Interessenkollisionen, die durch die Konstruktion der faktischen Gesellschaft bereinigt werden sollen. Das ist im deutschen wie im französischen Recht einhellige Ansicht.²⁾ Ist die Gesellschaft noch nicht tätig geworden, so bestehen gegen die Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Bedenken. Bei bereits begonnenen Gesellschaften

- 1) Vgl. dazu die Vorbemerkung, Seite 1 ff. und die einzelnen Theorien unten zu 2., Seite 112 ff. wo auch auf die Tätigkeit und die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens abgestellt wird.
- 2) Zum frz. Recht vgl. oben B.1, Abschnitt, IV, 1, Seite 41 ff. Vgl. in der Lehre Enneccerus-Lehmann, §176 III 2; Geßler-Hefermehl, Anm. 62 zu §105; Hueck, S. 46; Staudinger-Geiler, Anm. 37 zu §705. Zur Rspr. vgl. BGH in BGHZ 8, 157 (167): "Entscheidend ist, daß die Rechtsordnung im allgemeinen einfach nicht an der Tatsache vorbeigehen kann, daß die Gesellschafter jahrelang in einem umfangreichen Geschäftsbetrieb gemeinsam tätig gewesen sind, durch eigene Arbeit für gemeinsame Rechnung Werte geschaffen und erworben haben und damit gemeinsame Leistungen vollbracht haben, die auch für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern nicht von Rechts wegen als nicht existent betrachtet werden können."

ist dieser Grundsatz ausgeschaltet, soweit die Lehren über die faktische Gesellschaft angewendet werden können.

b) Mindestanforderungen beim Vertragsschluß

Die Frage, inwieweit zur Begründung einer faktischen Gesellschaft die Formvorschriften eingehalten werden müssen, ist für die französische Rechtsprechung und Lehre nicht besonders schwierig, da die Voraussetzungen des Art.1832 C.civ. die Umrisse einer Gesellschaft klar genug zeichnen, um aus ihrem Vorliegen auf den tatsächlichen Bestand einer Gesellschaft schliessen zu können. Die "Cour de cassation" begnügt sich daher mit der Feststellung dieser Tatsachen aus den praktisch gegebenen Verhältnissen, um daraufhin eine faktische Gesellschaft anzunehmen. Als augenfälliges Beispiel beruhen alle faktisch gegründeten Gesellschaften (die sog. "sociétés créées de fait") nicht auf einem bewußt abgeschlossenen Vertrag, sondern werden aus dem rein tatsächlichen Zusammenwirken abgeleitet, welches die Merkmale des Art.1832 C.civ. tragen muß.¹⁾ Die "tatsächlich geschaffene" Gesellschaft wird von der deutschen Rechtsprechung abgelehnt. Dagegen wird immer mindestens ein "Rest eines Vertragstatbestandes" oder ein wenn auch noch so fehlerhafter Vertrag vorausgesetzt.²⁾ Eine bloß tatsächliche Gemeinschaft ohne vertragliche Bindungen kann im Gegensatz zu einem mangelhaften Vertrag nicht ausreichen. Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs wird verständlich, wenn man in Betracht zieht, daß seiner Ansicht nach die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft auf der Überlegung beruht, daß der tatsächliche Wille der Beteiligten auf die Führung eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet sein muß und nur die rechtliche Anerkennung eines in dieser

1) Vgl.näher oben B.1.Abschnitt, IV, 3, a; bbb, Seite 49 ff.

2) Vgl. BGHZ 11, 190 und BGH in NJW 1961, 1299. Vgl. ferner Haupt in Festschrift für Siber, 1943, S.18; Erman, S.54 und Fischer in NJW 1955, 849.

Weise geschaffenen tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisses dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten gerecht wird.¹⁾ Trotz dieser Berufung auf den tatsächlichen Willen der Beteiligten bleibt der Bundesgerichtshof mit der Anwendung der Grundsätze der faktischen Gesellschaft zurückhaltend, wenn kein schriftlicher Vertrag vorliegt. Es wird dann vielmehr versucht, auf anderem Wege den bestehenden Verhältnissen gerecht zu werden. So nahm das Gericht in einem Fall vorzeitig aufgenommener Geschäfte, in dem noch kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag zustande gekommen war, einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag an, während man im Schrifttum argumentierte, es liege infolge der den Abschluß verzögernden Streitigkeiten ein offener Dissens nach § 154 BGB vor, weshalb die Grundsätze der faktischen Gesellschaft anzuwenden seien.²⁾ Der gleiche Weg wurde vom Bundesgerichtshof immer in solchen Fällen gewählt, in denen es unbillig gewesen wäre, kein Gesellschaftsrecht anzuwenden.³⁾ In dem bekannten Fall jener Miterben, die das Geschäft des Erblassers über 17 Jahre hinweg gemeinsam weitergeführt hatten, ohne an einen Gesellschaftsvertrag zu denken, wandte das Gericht das Recht der offenen Handelsgesellschaft entsprechend an.⁴⁾

- 1) Vgl. BGHZ 11, 190. Der BGH kann daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre auch zu keiner Annahme einer Gesellschaft kommen, wenn die Gesellschafter den Vertrag nur zum Schein geschlossen haben, gleichgültig ob sie nach außen den Schein erweckt oder gewisse Rechtshandlungen vorgenommen haben, die zur Bildung einer Gemeinschaft geführt haben. Es gilt § 117 BGB. Vgl. hierzu BGH in NJW 1953, 1220 und in LM Nr. 4 zu § 105 HGB; ebenso Fischer in NJW 1955, 849 (850) und Schlegelberger-Gesler, Anm. 62 b zu § 105.
- 2) Vgl. BGHZ 11, 190, sowie BGH in LM Nr. 13a zu § 105 HGB und Erman, S. 23 ff.
- 3) Z.B. bei der Mitarbeit der Ehefrau im Geschäftsbetrieb des Ehemannes über den Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB hinaus und umgekehrt: vgl. BGHZ 8, 249 (255) und BGH in LM Nr. 5 zu § 705 BGB = BB 54, 578.
- 4) Vgl. BGHZ 17, 299 (301, 302); vgl. dazu auch BGHZ 22, 240 (244, 245).

In Frankreich treten solche Fälle insbesondere bei den Konkubinatsgesellschaften auf, die als faktische Gesellschaften gewürdigt werden, soweit der Nachweis der Grundbedingungen des Art.1832 C.civ. gelingt.¹⁾ Ein ähnliches Vorgehen wie das der französischen Gerichte erscheint auch in Deutschland berechtigt. Obwohl in Frankreich an die Voraussetzungen des Art.1832 C.civ. hohe Anforderungen gestellt werden und das deutsche Recht diese Voraussetzungen nicht so streng formuliert, fordert die konsequente Durchführung des Gedankens der faktischen Gesellschaft, daß sie auch dann anerkannt wird, wenn es zu keiner Vertragsfixierung gekommen ist. Als Anhaltspunkte für eine rechtlich zu würdigende Gemeinschaft könnten in der Praxis die Merkmale des Art.1832 C.civ. dienen. Es kann dabei nicht auf die Form des Zusammenschlusses, sondern nur auf die bestehenden Beziehungen zwischen den Partnern ankommen. Durch die Konstruktion der faktischen Gesellschaft soll möglichst jedes fehlerhafte Gebilde erfaßt werden, wobei der höchste Grad der Fehlerhaftigkeit in der Vertragslosigkeit liegt. Dieser Zustand braucht kein faktisch ursprünglicher zu sein, selbst bei einem schriftlichen Vertrag kann sich das gleiche Ergebnis einstellen, z.B. beim versteckten Dissens über eine wesentliche Bestimmung, mit der der Vertrag steht und fällt, da dann der volle Vertragstatbestand fehlt (arg.§155 BGB).

Im übrigen ist in Anbetracht der verschiedenartigen Möglichkeiten der Fehlerhaftigkeit der Vertragsgrundlage ein ausreichender Teilvertragstatbestand objektiv oft schwer festzustellen, so daß das Erfordernis eines solchen dem Gedanken der faktischen Gesellschaft gerade entgegenstehen würde. Man kann daher keinen formellen Vertrag verlangen, sondern nur fordern, daß das Verhalten der Gesellschafter den Mindestanforderungen des gemeinsamen Strebens zur Erreichung des Unternehmenszweckes nicht widerspricht

1) Vgl. dazu oben B.1.Abschnitt,II,4,Seite 20 ff.

und daß ihre gemeinsame Betätigung ein echtes Gesellschaftsverhältnis erkennen läßt.¹⁾ Stillschweigende Voraussetzung ist dabei allerdings, daß das vorliegende Gebilde grundsätzlich überhaupt den Rechtsschutz verdient, d.h. daß es sich nicht gegen Verbotsgesetze wendet oder die guten Sitten verletzt. In solchen Fällen wird wohl gewöhnlich jeder Rechtsschutz zu versagen sein.²⁾

2. Die Lehrmeinungen zur faktischen Gesellschaft

Ebenso wie in der Rechtsprechung geht man auch in der Lehre von der Notwendigkeit der Anerkennung der geschaffenen Tatsachen im Wirtschaftsleben aus, wozu der Gedanke der Rechtssicherheit und des Rechtsscheins zwingt. Über den Schutz des Verkehrsinteresses hinaus, der bei den meisten Autoren mit erwähnt wird, enthält der Kern der verschiedenen Theorien zur faktischen Gesellschaft jedoch noch andere Überlegungen.

Einige Autoren kommen zur Anerkennung des Faktischen, indem sie auf die tatsächlichen Schwierigkeiten einer Rückabwicklung nach §812 ff. BGB verweisen und daher zur besseren Beendigung des Unternehmens Gesellschaftsrecht anwenden wollen.³⁾ Dabei entsteht jedoch die Gefahr, das Problem der faktischen Gesellschaft nur als eine Frage der Abwicklung zu betrachten.⁴⁾

1) Vgl. dazu Russ in BB 1958, S.645 ff., insbesondere die dort zitierte Entscheidung des OLG Freiburg vom 7.11.1946 in dieser Richtung, sowie allg. zur Rspr. des BGH in diesen Fragen bei Siebert in MDR 1952, S.287 ff.; NJW 1953, S.806; Wolff in MDR 1952, S.535 ff.; Baumbach-Duden, Ann.8D zu §105 und Russ, Die fakt.Ges. in der frz.Rspr.(Diss.Freiburg 1957), S.67 ff.

2) Vgl. dazu unten 6., Seite 130 ff.

3) Vgl. Beitzke, S.15 ff. und Hueck in AcP 149(1944)1 ff.

4) So Larenz, Schuldrecht Band II, S.247 f.

Einen anderen Weg beschreitet die Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung. Sie geht von den Nichtigkeitsbestimmungen des BGB aus und versucht, sie entsprechend der Interessenlage des Einzelfalles einzuschränken, richtet sich also nach den vorrangig schutzwürdigen Interessen.¹⁾

Zum gleichen Ergebnis kommt Erman, indem er von der Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion des Rechts ausgeht. Im Wege der restriktiven Rechtsfindung soll die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen beschränkt werden. Gerade durch diese Beschränkung soll dem Recht dazu verholfen werden, seiner Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion nachzukommen.²⁾

Eine weitere Ansicht hat sich aus der Lehre Otto Gierkes vom sozialrechtlichen Konstitutivakt entwickelt. Da nicht die individualrechtliche, sondern die sozialrechtliche Willenserklärung den Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung bilde, könnten die gesetzlichen Bestimmungen über die Nichtigkeitsgründe keine Anwendung finden. Diese Meinung will also ebenfalls die Interessen des Verkehrs denjenigen des Einzelnen vorziehen.³⁾

Von ähnlichen Überlegungen geht Lehmann aus, indem er fragt, wie der Gesetzgeber gehandelt haben würde, wenn er die Konfliktsituation richtig erkannt hätte. Seiner Meinung nach hätte er die Gemeinschaftsinteressen stärker berücksichtigt, was sich aus der Regelung der §§ 216-218 AktG ergäbe. An solchen Einzelregelungen, welche den Willen des modernen Gesetzgebers zeigten, jetzt die Gemeinschaftsinteressen stärker zu berücksichtigen als in der Zeit der Entstehung

1) So Hueck in OHG, S. 44 ff.; Haupt-Reinhardt, S. 70 ff.; Schlegelberger-Geßler, Anm. 61 ff. zu § 105.

2) Erman, Personalgesellschaften. S. 59 ff.

3) O. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, Bd. I, S. 484 weitergeführt von Ruth; vgl. AcP 146 (1941) 306. ff.

des BGB, könne im Wege des Analogieschlusses angeknüpft werden, um die Fragen der faktischen Gesellschaft zu lösen.¹⁾

Zur vollen Rechtswirksamkeit der faktischen Gesellschaft kommen Haupt und Siebert, in-dem sie als neue Entstehungsmöglichkeit neben dem Gesellschaftsvertrag auch die rein tatsächliche Betätigung der Partner als Gesellschafter gelten lassen wollen. Mit Hilfe der sog. "Zweiebenenkonstruktion" soll es möglich werden, daß eine Gesellschaft nicht nur auf der Vertragsebene, sondern auch auf der Ebene der reinen Existenz eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses rechtswirksam entsteht.²⁾ Siebert hat diese Auffassung in neuester Zeit offenbar aufgegeben, da er jetzt voraussetzt, daß die Unverwendbarkeit der allgemeinen Nichtigkeitsbestimmungen bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen auf einer sachlichen, rechtssystematischen Unstimmigkeit zwischen diesen allgemeinen Bestimmungen und der besonderen rechtlichen Ordnung des jeweiligen Dauerschuldverhältnisses beruhen müsse. Er stellt jetzt also auf das Spannungsverhältnis zwischen den unbilligen Ergebnissen aus der Anwendung der allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen und den schutzwürdigen Verkehrsinteressen ab, welche die Wirksamkeit der fehlerhaften Gesellschaft fordern. Von der früheren Theorie ist nicht mehr die Rede.³⁾ Siebert führt aus, daß gerade die besondere Ordnung des jeweiligen Dauerschuldverhältnisses den Ausschluß allgemeiner Vorschriften verlange und die Anwendung derjenigen Bestimmungen, die dem vorliegenden Rechtsgebilde entsprechen.

1) Vgl. Lehmann in NJW 1958, 1 ff.; Habscheid in AoP 157 (1958/59) 100. (Bericht über die Zivilrechtslehrertagung 1957) und Baur in JZ 1957, 764 f.

2) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943, S. 16 ff.; Siebert, Die "faktische" Gesellschaft, in Festschrift für Hedemann 1938, S. 266 ff.

3) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 46.

Simitis schließlich sieht die Anerkennung der faktischen Gesellschaft als ein Problem der Bedeutung der Interessenabwägung für die Rechtsordnung. Jeder Anwendungsfall könne daher nur ein Fall der rechtlichen Würdigung der gegebenen Interessenlage sein. Die faktische Gesellschaft sei eine "verdinglichte, entpersönlichte Gesellschaft", in der die Interessen des Einzelnen zu Gunsten der Verkehrsinteressen zurücktreten müßten. Das ergäbe sich aus der Umgestaltung des Rechtsinstitut "Gesellschaft an sich", aus seiner gewandelten sozialen Funktion. Auch bei fehlerhaften Gesellschaften sei daher Gesellschaftsrecht anzuwenden.¹⁾

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man auf alle geäußerten Lehrmeinungen ausführlich und kritisch eingehen.²⁾ Das kann nur von Fall zu Fall an Hand der Abhandlung der einzelnen Erscheinungsformen der faktischen Gesellschaft sinnvoll sein. Die grundlegende Existenzberechtigung der faktischen Gesellschaft als einer Gesellschaft mit vollen Rechtswirkungen für ihre bisherige Tätigkeit und nicht nur als Liquidationsgesellschaft ergibt sich m.E. aus der sozial- und wirtschaftspolitischen Bedeutung des Einzelfalles, der notwendigen Zurückdrängung der Interessen des Einzelnen und der Abwandlung des Vertragsrechts durch die faktischen Verhältnisse, soweit diese eine Behandlung als Gesellschaft und nicht als nichtiges Gebilde erfordern. Es kann dabei nicht auf einen Vertragstatbestand, sondern nur auf die Betätigung der "Gesellschafter" im Hinblick auf die Erfüllung des vorgestellten Zwecks ankommen. Entscheidend ist also die gemeinschafts- und rechtsbildende Kraft der gemeinsamen Tätigkeit und die tatsächliche Errichtung sozial bedeutsamer Einrichtungen, nicht aber nur der Rechtsschein oder die Verkehrssicherheit.³⁾

1) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S.107 ff.

2) Vgl. dazu Simitis, aaO.; Siebert aaO. und Koenigs, Die stille Gesellschaft, S.93 ff.

3) Vgl. zum neuesten Stand der Diskussion Baur in JZ 1957, 764 (Bericht über die Zivilrechtslehrertagung 1957).

Gegenüber den zahlreichen unterschiedlichen Meinungen in der deutschen Lehre werden in Frankreich im wesentlichen nur zwei verschiedene Theorien zur "société de fait" vertreten, die beide versuchen, das faktische Gesellschaftsverhältnis mit dem Vertragsrecht in Einklang zu bringen. Die Theorie der "nullité-dissolution", führend vertreten von Hémard, stellt auf den Rechtsschein und das Verkehrsinteresse ab und behandelt die "société de fait" wie eine rechtswirksame, im Stadium der Liquidation befindliche Gesellschaft, die aber den Grundanforderungen des Art.1832 C.civ. entsprechen muß. Die von der herrschenden Lehre vertretene Theorie geht von den gleichen Grundlagen aus und verlangt die Abwicklung auf Grund der geschaffenen Rechtstatsachen nach den Vorschriften der entsprechenden fehlerfreien Gesellschaft. Sie kommt bei jedem Rechtsfehler zur Annahme einer "société de fait" - nicht so Hémard - überläßt aber die Entscheidung über die Wirksamkeit der Außengesellschaft einer "Option" der beteiligten Dritten.¹⁾

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Begriff der "société de fait" und dem der "faktischen Gesellschaft" besteht darin, daß man die "société de fait" nicht deshalb als rechtswirksam betrachtet, weil die faktische Tätigkeit eine neben dem Vertragsrecht gleichwertige Entstehungsgrundlage sein könnte, wie das neben anderen Theorien im deutschen Recht vertreten wird, sondern sie dient lediglich der Nichtigkeitsbeschränkung. Von einem echten "faktischen Vertragsverhältnis" ist (abgesehen von einzelnen Andeutungen) gar keine Rede. Daneben wird im französischen Rechtsdenken trotz gewisser Ansätze die soziale Bedeutung der nur faktisch geschaffenen Werte noch nicht in dem Maße gewürdigt, wie im deutschen Recht.²⁾ Es ist aus diesen Gründen geboten, zwischen

1) Zu beiden Theorien vgl. ausführlich oben B.1.Abschnitt, IV,Seite 41 ff.

2) Vgl. zu diesen neueren Vorstellungen im frz. Rechtsdenken oben B.1.Abschnitt, IV,1b,Seite 43 ff.

der "société de fait" des französischen Rechts und der deutschen "faktischen Gesellschaft" genau zu unterscheiden. Die französischen Theorien können auf diese Weise trotz vorhandener (aber systembedingter) Unterschiede zur deutschen Dogmatik nichts beitragen.

3. Die Vorgesellschaft

Nach den Mindestanforderungen, die auch an die fehlerhafte Gesellschaft zur weiteren Anwendung von Gesellschaftsrecht zu stellen sind, sowie den verschiedenen rechtsdogmatischen Begründungen und der Stellungnahme der Rechtsprechung, geht es ferner um die Frage, welche Folgen die einzelnen Mängel im Rahmen der faktischen Gesellschaft haben. Zuvor sind jedoch noch die Grenzfragen der Vorgesellschaft und der stillen Gesellschaft zu behandeln.¹⁾

Bei der Vorgesellschaft handelt es sich um die Frage, wie eine Vereinigung zur Errichtung einer AG oder einer GmbH zu behandeln ist, die sich nicht auf die Vorbereitung dieser Gründung beschränkt, sondern vor Eintragung der AG oder der GmbH deren Geschäftsbetrieb aufnimmt und schließlich doch nicht ordnungsgemäß zu dieser Gesellschaft wird. Nach in der Rechtsprechung herrschender Meinung sind die

1) Zu einem weiteren Sonderfall, der im Gegensatz zu den hier behandelten Gesellschaften die Gemeinschaft nach §§741 ff BGB betrifft, hat der BGH neuerdings in NJW 1961, 1299 dahingehend Stellung genommen, daß kein Bedürfnis bestehe, die Wirkung von Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbeständen bei der Gemeinschaft in derselben Weise zu beschränken, wie dies bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, der offenen Handelsgesellschaft und der atypischen stillen Gesellschaft der Fall sei. Bei der Gemeinschaft bestehe keine Verpflichtung zu gemeinsamer Erwerbstätigkeit und es sei kein (wenn auch fehlerhafter) Gesellschaftsvertrag vorhanden. Es fehle ferner an einer auf die Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes gerichteten Willensübereinstimmung. Ohne eine tatsächliche Willensübereinstimmung sei es aber nicht gerechtfertigt, gesellschaftsrechtliche Grundsätze anzuwenden. Die Grundsätze der faktischen Gesellschaft könnten daher auf die Gemeinschaft oder eine in ihrem Rahmen getroffene Vereinbarung (z.B. über die Verwaltung eines gemeinsamen Gegenstandes) nicht angewandt werden.

Grundsätze der faktischen Gesellschaft auf die Gründergesellschaft anwendbar, sofern diese die soeben behandelten Grundvoraussetzungen erfüllt. Da die werdenden Gesellschaften, die bereits einen umfangreichen Geschäftsbetrieb aufgenommen haben, das Hauptmerkmal der Handelsgesellschaften, nämlich das gemeinsame Zusammenwirken der Gesellschafter auf einen Gesellschaftszweck hin, bzw. eine körperschaftliche Struktur bereits klar erkennen lassen, kann ihrer Behandlung nach Grundsätzen der faktischen Gesellschaft nichts entgegenstehen.¹⁾

In der werdenden Kapitalgesellschaft, die nicht zur vollen Entstehung gelangt, stellt sich zunächst die Frage, in welchem Umfang die nicht an der Geschäftsführung beteiligten Gesellschafter durch die Rechtsgeschäfte der Organe verpflichtet werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der werdenden Kapitalgesellschaft und in Anbetracht des Umstandes, daß sich die Gesellschafter nur in Höhe ihrer Einlage, also beschränkt binden wollten, ist grundsätzlich von der nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags beschränkten Haftung der Mitglieder auszugehen. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer, bzw. des Vorstandes ist insoweit beschränkt. Anders wäre das Ergebnis nur, wenn die Organe nicht namens der in der Gründung befindlichen Gesellschaft, sondern namens der Gründer persönlich handelten.²⁾

Die Form der Auflösung und Abwicklung richtet sich - falls sie von den Gesellschaftern nicht gemeinsam beschlossen wird - danach, welche Rechtsnatur man der werdenden Gesellschaft beimißt. Dieses Problem ist umstritten. Zur Frage, welche Rechtsnormen auf eine Gesellschaft anzuwenden sind, die bereits auf Grund eines Gesellschaftsvertrags arbeitet, aber noch nicht eingetragen ist, werden im wesentlichen vier Meinungen vertreten.³⁾

1) BGHZ 13,320 und OLG Oldenburg, BB 1955,713.

2) Vgl. Gadow - Heinichen, Anm.10 zu §22.

3) Vgl. dazu allg. Gadow - Heinichen, Anm.3-5 zu §22.

Einmal wird gesagt, es bestehe eine BGB-Gesellschaft unter den Gründern mit dem Zweck der Entstehung der Kapitalgesellschaft¹⁾; andere meinen, es bestehe ein nichtrechtsfähiger Verein infolge des körperschaftlichen Charakters der Vorgesellschaft.²⁾ Eine dritte Theorie sagt, das Unternehmen sei eine offene Handelsgesellschaft, da es bereits Handelsgeschäfte betreibe³⁾; eine vierte Theorie besagt schließlich, das Gebilde unterstehe schon dem Sonderrecht seiner Organisationsform, wobei allgemeine Grundsätze handelsrechtlicher Normen heranzuziehen seien, soweit das wegen der noch fehlenden Rechtsfähigkeit nötig sei.⁴⁾ Je nach dem vertretenen Standpunkt entscheidet sich die Form der Auflösung und Liquidation in der einen oder der anderen Richtung.

Die herrschende Ansicht im Schrifttum nimmt an, daß bis zur Eintragung der Kapitalgesellschaft Willensmängel oder andere Nichtigkeitsgründe bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags nach den allgemeinen Regeln des BGB geltend zu machen sind.⁵⁾ Dies ist jedoch nicht zutreffend. Ist im Gründungsstadium der Kapitalgesellschaft die Führung des Handelsgeschäfts für Rechnung der Gesellschafter bereits umfangreich aufgenommen worden, so werden vom Standpunkt aller dieser vier Theorien schon in diesem Stadium die Grundsätze über die faktische Gesellschaft Anwendung finden können. Selbst wenn man die werdende Gesellschaft als nichtrechtsfähigen Verein betrachtet ist dann Gesellschaftsrecht anzuwenden, wenn die

- 1) RGZ 82,290; 105,229; 114,356; 151,191; Schlegelberger-Quassowski, Anm.4 zu §22; Godin v. - Wilhelmi, Anm.9 zu §22.
- 2) Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm.1 zu §11; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.188; Haupt-Reinhardt, S.117.
- 3) OLG Celle, NJW 1951,36; LAG Stuttgart in Betrieb 1954,107; Baumbach-Duden, Anm.20 zu §105; Voraussetzung ist ein vollkaufmännisch betriebenes Grundhandelsgewerbe (§§4II,1II HGB).
- 4) Gadow-Heinichen, Anm.4 zu §22; Hachenburg-Schilling, Anm.2 zu §11.
- 5) v.Godin-Wilhelmi, Anm.9 zu §22; Schlegelberger-Quassowski, Anm.4 zu §22. Kritisch insbes.Gadow-Heinichen, Anm.11 zu §22, die diese Meinung trotz der vielen Gegenstimmen immer noch als "herrschend" bezeichnen. (Vgl.auch Anm.1, Seite 120).

Vorgesellschaft nach außen und innen ins Leben getreten ist und so viele gewichtige Rechtstatsachen geschaffen hat, daß Rechts- und Verkehrssicherheit es verbieten, ihr die rechtliche Anerkennung zu versagen. Nur eine solche Würdigung kann den bestehenden Verhältnissen gerecht werden. Eine werdende Kapitalgesellschaft, die bereits einen umfangreichen Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, muß demnach z.B. auch beim Vorliegen von Willensmängeln, die sie zu einer "fehlerhaften werdenden Gesellschaft" machen, nach den Grundsätzen einer faktischen Gesellschaft aufgelöst und liquidiert werden.¹⁾ Die Form der Auflösung richtet sich zunächst nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags. Wird sie von den Gesellschaftern nicht gemeinsam beschlossen, so richtet sie sich danach, welche Rechtsnatur man dem einzelnen Unternehmen zumißt. Infolge der gemeinsamen, gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Tätigkeit der Gesellschafter kann sie nicht nach für alle werdenden Gesellschaften einheitlichen Rechtsgrundsätzen aufgelöst und liquidiert werden, wie das unter Durchführung der oben genannten Theorien zu erfolgen hätte, welche in jedem Fall eine BGB-Gesellschaft oder eine OHG annehmen wollen. Jede "fehlerhafte werdende Gesellschaft" ist vielmehr unter Anwendung des Sonderrechts ihrer Organisationsform aufzulösen und abzuwickeln, also als GmbH oder als AG. Dies entspricht den Gedanken derjenigen Auffassung, die oben bei den vier Theorien als letzte genannt wurde. Sie rechtfertigt sich m.E. schon daraus, daß man nur auf diese Weise der durch die Tätigkeit der Gesellschafter geschaffenen gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit gerecht werden kann. Dieses Ziel hat jede Konstruktion einer faktischen Gesellschaft zu verfolgen.²⁾

Zur Auflösung der Gründer-GmbH oder der werdenden AG ist dem Anfechtungsberechtigten ein Recht

1) Ebenso BGHZ 13,320; Gadow-Heinichen, Anm.11 zu §22; Ganssmüller in GmbHRdschau 1955,172(173); Baumbach-Hueck, AktG, Übers.vor §16, Anm.1B und Fischer in JZ 1954,426(427).

2) Zur Frage der Auflösung faktischer Gesellschaften vgl. allg. unten 2.Abschnitt I, Seite 144 ff.

zur Kündigung aus wichtigem Grunde zuzugestehen.¹⁾ (Würde man sie als offene Handelsgesellschaft betrachten, so wäre die Auflösungsklage nach § 133 HGB eröffnet). Die Abwicklung der Gründergesellschaft richtet sich nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, also entweder nach §§ 60 ff GmbHG oder §§ 205-214 AktG; im Falle der - hier abgelehnten - Würdigung als offene Handelsgesellschaft nach §§ 144 ff HGB.²⁾

Soweit ersichtlich, hatte sich die französische Rechtsprechung nur vereinzelt mit dem Problem der werdenden Gesellschaft auseinanderzusetzen.³⁾ Sie behandelt die Vorgesellschaft grundsätzlich wie eine faktische offene Handelsgesellschaft. In Einzelfällen wird jedoch bezüglich der Haftungsfragen wie von einem Teil der deutschen Lehre auf die gesellschaftsvertragliche Stellung der an Vorstand oder Geschäftsführung unbeteiligten Mitglieder abgestellt. Handelten die Organe im Namen der Gesellschaft, so haften die übrigen Mitglieder beschränkt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags, handelten die Organe jedoch im Namen aller Mitglieder unmittelbar, so haften diese unbeschränkt und solidarisch. Eine Besonderheit ergibt sich daraus, daß daneben unabhängig eine gesamtschuldnerische Haftung derjenigen Gründungsmitglieder angenommen wird, welche ein Verschulden daran trifft, daß die Körperschaft nicht voll wirksam entsteht.⁴⁾

1) Z.B. dem Opfer einer arglistigen Täuschung. Ebenso Fischer in Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 11 GmbHG. Die bisherigen Entsch. des BGH zur Vorgesellschaft behandeln die GmbH-Gründerges. (BGHZ 13, 320) und die Genossenschaft (BGHZ 20, 281).

2) Zur Frage der Liquidation faktischer Gesellschaften vgl. allgemein unten 2. Abschnitt, II, Seite 150 ff.

3) Vgl. dazu oben B. 2. Abschnitt, I, 1a, Seite 57 ff.

4) Vgl. Req. 30. 1. 1893, S. 1897. 1. 493.

Diese Betrachtungsweise führt zu dem Dualismus, daß einerseits eine faktische offene Handelsgesellschaft (unter den Organen) und andererseits zugleich eine faktische Aktiengesellschaft (unter den übrigen Gründern) entsteht.

Die herrschende Lehre lehnt diese Konstruktion entschieden ab und hält der Rechtsprechung entgegen, daß die Vorgesellschaft nach dem Rechtsscheinprinzip bereits wie die geplante Kapitalgesellschaft zu behandeln sei. Es seien daher ausschliesslich der Gesellschaftsvertrag und die Normen der betreffenden Organisationsform maßgebend. Diese Meinung findet neuerdings bei unteren Gerichten ebenfalls Anhänger.¹⁾

Insgesamt kann festgehalten werden, daß in Deutschland sowohl als auch in Frankreich die Meinung immer mehr im Vordringen ist, daß auch auf die Vorgesellschaft die Grundsätze der faktischen Gesellschaft anzuwenden sind, wenn die geplante Kapitalgesellschaft infolge von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen nicht voll wirksam entsteht.

4. Die typische und atypische stille Gesellschaft

Einen weiteren Sonderfall neben den Fällen der Vorgesellschaft bildet die stille Gesellschaft in ihren verschiedenartigen Erscheinungsformen.

In der typischen stillen Gesellschaft hat der stille Gesellschafter normalerweise nur ein rein finanzielles Interesse am Unternehmen, vor allem besteht zwischen den Partnern keine werteschaftende Arbeitsgemeinschaft. Die Anwendung der Grundsätze der faktischen Gesellschaft erfordert indessen eine gemeinsame Tätigkeit für den Gesellschaftszweck. Das ist in der reinen Geldhingabe noch nicht zu erblicken. Eine derartig geringe Gemeinschaft kann ein Abweichen von den gesetzlichen Nichtigkeitsregeln beim Vorliegen von Gesellschaftsfehlern nicht rechtfertigen.

1) Vgl. dazu oben B.2.Abschnitt,I,1a,Seite 57 ff.

Bei der normalen stillen Gesellschaft, bei der sich die Beteiligung des stillen Partners auf den rein finanziellen Beitrag beschränkt, kann es daher zu keiner faktischen Gesellschaft kommen.¹⁾

Sonderformen der stillen Gesellschaft, sog. atypische stille Gesellschaften, liegen dann vor, wenn der stille Gesellschafter im Innenverhältnis nicht nur an Gewinn und Verlust, sondern darüber hinaus am gesamten Wert des Unternehmens beteiligt ist und in Bezug auf die Geschäftsführung entweder gleichberechtigte oder sehr weitgehende Befugnisse hat. Das Geschäft muß jedoch nach außen auf den Namen des einen Gesellschafters allein geführt werden.²⁾

Die Bildung einer Gesamthandgemeinschaft ist zur Anerkennung einer faktischen Gesellschaft im allgemeinen zwar von Bedeutung, nicht aber unerläßliche Voraussetzung. Auch eine schuldrechtliche Beteiligung im Rahmen einer stillen Gesellschaft kann genügen, wenn dafür andere Faktoren mit stark gemeinschaftsbildender Wirkung vorhanden sind. Das ist bei der geschilderten Form der atypischen stillen Gesellschaft der Fall, da eine auf die Dauer gerichtete, werteschaftende Zusammenarbeit gegeben ist. Daneben sind noch andere Formen der stillen Gesellschaft denkbar. Sie richten sich jeweils nach dem Grad der Beteiligung am Unternehmenswert und an der Geschäftsführungsbefugnis. Damit eine faktische Gesellschaft anerkannt werden kann, muß aber neben der Invollzugsetzung des Gesellschaftsvertrags das eine und das andere Element in nicht unbedeutendem Maße vorliegen.³⁾

1) Vgl. dazu BGHZ 8,157(167); Anm.v.Fischer zu BGH LM Nr.4 zu §335 HGB; Siebert in NJW 1953,806 und Koenigs, Die stille Gesellschaft, S.103 ff.

2) Die atypische stille Gesellschaft ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt. Vgl. Anm.1 und Geßler-Hefermehl, Anm.56 zu §335.

3) Zur Darstellung weiterer Formen atypischer stiller Gesellschaften vgl. Koenigs, S.104 ff. und Siebert in BB 1958,1068.

Der Bundesgerichtshof behandelt den Fall der atypischen stillen Gesellschaft dann als faktische Gesellschaft, wenn das Unternehmen dem Recht der offenen Handelsgesellschaft weitgehend angeglichen ist. Die Beteiligung des Stillen muß ähnliche Züge wie die einer Gesamthandsbeteiligung aufweisen, die Gesellschafter müssen eine werthschaffende Gemeinschaft gebildet haben.¹⁾

Entgegen dieser in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Ansicht wird jedoch im Schrifttum auch die Meinung vertreten, daß mit Ausnahme der stillen Gesellschaften, die einem Geschäftsbesorgungsvertrag nahestehen und in denen wirtschaftlich der Stille der Unternehmer ist, auf jede stille Gesellschaft die allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften des BGB anzuwenden seien.²⁾

Dies wird damit begründet, daß die Abwicklung der vollzogenen stillen Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage nach den allgemeinen Vorschriften, d.h. nach §§ 812 ff., evtl. §985 BGB bei bloßer Gebrauchsüberlassung von Sachen und §988 BGB für Nutzungen, sowie für Schadensersatzansprüche nach §122 BGB bei Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wegen Irrtums, bzw. nach §§823-826 BGB bei Bestimmung zum Abschluß des Vertrags durch Täuschung, Drohung oder bei Nichtigkeit wegen Wucher, rechtstechnisch ohne große Schwierigkeiten möglich sei und die Gründe, die bei anderen faktischen Personalgesellschaften zu einer Sonderbehandlung geführt hätten,³⁾ hier nicht vorlägen.

1) Vgl. BGHZ 8,157 (167).

2) Vgl. Koenigs, S.104 ff., vgl. dazu auch Schumann Bd.I, S.294.

3) Z.B. ein Gesamthandvermögen, die Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis, Rücksicht auf die Rechtsstellung redlicher Dritter.

Die Gesellschaft bestünde ferner in der Regel nur aus zwei Gesellschaftern und sei daher relativ einfach auseinanderzusetzen.

Gegen diese weitgehend einschränkende Ansicht ist - wie ihr Vertreter selbst einräumt¹⁾ - einzuwenden, daß der nichtige Gesellschaftsvertrag ganz andere Vorschriften enthalten kann, als die Normen, nach denen die Beziehungen der Gesellschafter beurteilt werden und daraus unbillige Ergebnisse entstehen können. Weiter kann die Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs aus rechtlichen (§818 Abs.3 BGB) oder tatsächlichen Gründen (Uneinbringlichkeit) unmöglich sein. Am bedeutsamsten ist indessen wohl der Einwand, daß der stille Gesellschafter auf diese Weise seinem Verlustrisiko (falls eine Risikogemeinschaft bestand) entgeht, während in der faktischen atypischen stillen Gesellschaft ein gerechter Ausgleich getroffen werden kann.

Nur bei einer dem Geschäftsbesorgungsvertrag angenäherten Gesellschaft will Koenigs selbst die Grundsätze der faktischen Gesellschaft anwenden, weil in einer Gesellschaft, in der die Befugnis zu den für das Unternehmen wichtigen wirtschaftlichen Entscheidungen beim Stillen liege, bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften eine völlige Umgehung der vertraglich vereinbarten Risikoverteilung eintrete. Verluste und Gewinne aus dem Geschäftsbetrieb gingen dann auf Rechnung des Geschäftsinhabers, statt - wie vertraglich vereinbart - auf Rechnung des stillen Gesellschafters.

Die Frage, ob die Ausgestaltung der atypischen stillen Gesellschaft noch die Anwendung der

1) Vgl. Koenigs, S.108 ff.

allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften erlaubt oder die Zulassung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft verlangt, ist letztlich nur am praktischen Beispiel zu entscheiden. Eine faktische Gesellschaft sollte aber m.E. nicht nur bei der Gefahr der völligen Verkehrung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags in ihr Gegenteil angenommen werden, sondern bereits dann, wenn durch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften Abweichungen einträten, die eine gerechte Auseinandersetzung in Frage stellten.

Anders als im deutschen Recht glaubt man in Frankreich zwischen der typischen und den verschiedenen Formen der atypischen Gesellschaft bei der Beurteilung ihrer Mängel keinen Unterschied machen zu müssen. In den bisher entschiedenen Fällen handelte es sich fast nur um Gesellschaften, die ihre Eigenschaft als stille Gesellschaft verletzt hatten und im Verkehr wie offene Handelsgesellschaften aufgetreten waren. Man sprach daher von "Anscheinsgesellschaften" (*société apparente*)¹⁾ und behandelte sie nach dem Recht der offenen Handelsgesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag fand im Rahmen der Liquidation offensichtlich keine Berücksichtigung. Fälle, in denen es wegen Willensmängeln zur faktischen Gesellschaft kam, sind - soweit ersichtlich - bisher nicht entschieden worden. Es darf aber angenommen werden, daß in solchen Fällen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur Liquidation faktischer Gesellschaften die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zur Anwendung kämen.

Soweit zur Frage der stillen Gesellschaft als faktischer Gesellschaft Stellung genommen wurde, muß indessen festgehalten werden, daß jede faktische stille Gesellschaft, gleichgültig ob typisch oder atypisch, wie eine offene Handelsgesell-

1) Vgl. dazu kritisch oben B, 1.Abschnitt, II, 6, Seite 27 ff. und IV, 1, Seite 41 ff.

schaft behandelt wurde, soweit sie nach außen als Gesellschaft auftrat. Für das deutsche System können sich aus dieser Verfahrensweise keine neuen Anregungen ergeben.¹⁾

Dieses Verfahren dürfte sich indessen daraus erklären lassen, daß bei einem Auftreten der stillen Gesellschaft als faktische offene Handelsgesellschaft unter Offenbarung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse kein Raum mehr bleibt, um die Liquidation nach den Haftungsgrundsätzen durchzuführen, welche die Gesellschafter im Rahmen der stillen Gesellschaft vereinbart haben. In dem Augenblick, in dem nach außen de facto eine offene Handelsgesellschaft mit mehreren, für die Gesellschaft handelnden Gesellschaftern entsteht, kann von einer beschränkten Haftung dieser Gesellschafter nach Maßgabe des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags eben keine Rede mehr sein. Die Gesellschafter müssen vielmehr unbeschränkt und solidarisch mit ihrem gesamten Vermögen wie echte OHG-Gesellschafter haften.

Eine Haftungsbeschränkung auch im Rahmen der faktischen Gesellschaft ist nur dann denkbar, wenn wirklich eine "faktische stille Gesellschaft" in Form der "société de fait occulte" vorliegt, d.h. wenn keiner der stillen Teilhaber als scheinbarer OHG-Gesellschafter aufgetreten ist und das "stille" Gesellschaftsverhältnis auch nicht auf sonstige Weise verletzt wurde, sondern wenn die stille Gesellschaft an einem anderen Mangel leidet, der zu ihrer Würdigung als "faktische stille Gesellschaft" führte.²⁾

1) Vgl. zum französischen System in diesen Fragen oben B, 1.Abschnitt, II,6, Seite 27 ff.

2) Vgl. Anm.1.

5. Die Verletzung von Formvorschriften

Nach der Würdigung der allgemeinen Voraussetzungen zur Anerkennung einer Gemeinschaft als faktische Gesellschaft, sowie ihrer dogmatischen Grundlagen und der auftretenden Grenzfälle sind die Hauptmängel zu erörtern, die im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts zur Entstehung einer faktischen Gesellschaft führen. Bei diesen Mängeln ist zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen zu unterscheiden. Bei den Nichtigkeitsgründen weiter zwischen solchen, die den Schutz der Allgemeinheit zum Gegenstand haben und jenen, die zum Schutz des Einzelnen geschaffen sind. Dem Schutz der Allgemeinheit dienen die Formvorschriften, die Verbotsgesetze und die Normen, die gegen sittenwidrige Gesellschaften gerichtet sind.

Nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung sind Gesellschaften, die an Formmängeln leiden, als faktische Gesellschaften zu betrachten.¹⁾ Nur vereinzelt wird dagegen geltend gemacht, daß eine Anerkennung nicht erfolgen könne, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit, des Verkehrs entgegenstünden. Diese Frage sei daher immer zuerst zu prüfen.²⁾

1) Vgl. Baumbach-Duden, Anm. 8D zu § 105; Haupt-Reinhardt, S. 72, 76; Erman, S. 64 f.; RGZ 145, 155 (158, 159) und BGHZ 8, 157 (165).

2) Vgl. Fischer in NJW 1955, 849 (850) und Simitis, aaO., S. 253 ff.

Für die Anerkennung eines an Formmängeln leidenden Unternehmens als faktische Gesellschaft sprechen u.a. die den Vorschriften der §§ 216 ff AktG zugrunde liegenden Erwägungen. Wird z.B. ein bestimmter Satzungs-mangel einer Aktiengesellschaft nicht geheilt (§217 AktG), so kann nach §216 AktG von den Aktionären oder den Vorstands- bzw. den Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaft Nichtigkeitsklage erhoben werden. Die Gesellschaft ist aber nach Rechtskraft des Urteils und Eintragung des Nichtigkeitsvermerks ins Handelsregister nicht ex tunc nichtig, sondern wird wie eine aufgelöste Gesellschaft nach §§ 203 ff AktG liquidiert (vgl.§218 AktG). Die bisherige Tätigkeit der Aktiengesellschaft behält volle Rechtswirksamkeit (§218 Abs.2 AktG), die vereinbarten Einlagen sind weiterhin zu leisten, soweit es zur Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeiten nötig ist (§218 Abs.3 AktG). Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß der Gesetzgeber einen weitgehenden Bestandschutz der fehlerhaften Gesellschaft anstrebt, um damit den berechtigten Interessen des Verkehrs entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung der einzelnen Unternehmen gerecht zu werden. Es liegt daher näher, unter Heranziehung dieser allgemeinen Rechtsgedanken aus den §§ 216 ff.AktG die Frage dahin zu stellen, ob die Verkehrsinteressen einer Nichtigserklärung von Personalhandels-gesellschaften mit ex tunc-Wirkung entgegenstehen, als umgekehrt von der Frage auszugehen, ob sie die Anwendung der Grundsätze der faktischen Gesellschaft ausschließen und die absolute Nichtigkeit der Gesellschaft fordern.

Der Bundesgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zu dieser Frage ebenfalls von den Interessen des Verkehrs an der Nichtigkeit aus und kommt bei der Verneinung der Frage zur Annahme einer faktischen Gesellschaft. Bei der Verletzung des § 313 BGB im Rahmen der Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum in einer Gesellschaft entschied das Gericht, daß hierdurch primär das Innenverhältnis zwischen den Partnern betroffen werde und kein besonderes Interesse der Allgemeinheit an der Nichtigkeit des Unternehmens ersichtlich sei. Die Grundsätze über die faktische Gesellschaft könnten daher Anwendung finden.¹⁾

Die meisten Mängel, die in Frankreich zu einer "société de fait" führen, sind Formverletzungen. Nur die vollständige Ignorierung der Formerfordernisse führt zur absoluten Nichtigkeit, weil dann der "ordre public" verletzt ist. Der Ausspruch der Nichtigkeit beschränkt sich also auch in Frankreich auf die wenigen Fälle, in denen allgemeine öffentliche Interessen der Anerkennung durch die Rechtsordnung entgegenstehen. Hierunter fallen aber nicht die faktisch gegründeten Gesellschaften, die sog. "sociétés créées de fait".²⁾ Die beiden Systeme stimmen hier also im wesentlichen überein.

6. Die Verletzung von Verbotsgesetzen und die Mißachtung der guten Sitten

Die Verbotsgesetze und die Normen, die sich gegen sittenwidrige Rechtsgeschäfte richten, dienen dem Schutz der Allgemeinheit. Jeder Verstoß des Gesellschaftszwecks gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot hat daher die Nichtigkeit des als faktische Gesellschaft

1) Vgl. BGHZ 8,157(165).

2) Vgl. zu diesem Begriff oben B.1.Abschnitt, IV,3a,bb,S.49 ff.

in Frage kommenden Gebildes zur Folge, weil eine rechtliche Billigung elementare Rechtsgrundsätze angreifen würde. Diese Auffassung wird im Schrifttum zu den Fragen der Verbotsgesetze und der guten Sitten fast einhellig vertreten.¹⁾ Sie wird vereinzelt mit dem Vorwurf angegriffen, sie komme einer verbotenen Poenalisierung des Zivilrechts gleich.²⁾ Da aber die Grundlagen einer Rechtsordnung vorrangig schutzbedürftig sind, kann dieser Einwand nicht durchgreifen. Der Bundesgerichtshof geht ebenfalls vom Gedanken der Wahrung von Rechtsprinzipien aus und betont, daß eine faktische Gesellschaft dort nicht bestehen könne, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch träte.³⁾ Gegenüber der herrschenden Meinung im Schrifttum stellt der Bundesgerichtshof also auch auf die Interessen einzelner schutzwürdiger Personen ab und betont weiter, daß mit entscheidend sei, ob der Verstoß bewußt oder gewollt vorgenommen worden oder unbeabsichtigt gewesen sei. Im letzteren Falle könne dem Unternehmen dann die Form der faktischen Gesellschaft zugebilligt werden, wenn keine gewichtigen Interessen der Allgemeinheit verletzt worden seien.⁴⁾

Wie neuerdings von Seiten des Bundesgerichtshofs betont wird, sollen mit diesen Entscheidungen nur die äusseren Grenzen für die Erörterung des Fragen -

1) Vgl. Haupt, S.32; Hueck, S.55; Schumann in DR 1943,269; Erman, S.63 f.; Simitis, S.253 m.w.Nachw.

2) So Benke in JZ 1952,307; und Buchwald in GmbHRdschau, 1954,145(148); vgl. ferner (dagegen) Simitis, S.254; Fischer in NJW 1955,849(850) und Schmidt-Rimpler in AoP 155(1956)162.

3) Vgl. BGHZ 3,285(288); 8,157(166); 13,320(322,324) und 17,160(166).

4) Vgl. BGH in LM Nr.8 zu § 105 HGB.

komplexes gezogen worden sein.¹⁾ Die Meinung des Gerichts könne dahingehend zusammengefaßt werden, daß dort, wo Gegenstand oder Zweck des gesellschaftlichen Zusammenschlusses mit allgemeinen Geboten der Rechtsordnung in Widerspruch trete, dieser nach dem Inhalt der Verbotsnorm nicht rechtlich anerkannt werden könne, auch nicht als faktische Gesellschaft, da diese ebenfalls ein Rechtsgebilde sei, das sich im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu halten habe. Ferner wird einschränkend zur bisherigen Rechtsprechung erklärt, daß auch bei einem nicht bewußten oder nicht gewollten Verstoß der Grundgedanke eines einzelnen Verbotsgesetzes der Anerkennung einer faktischen Gesellschaft entgegenstehen könne. Von diesem Grundsatz seien Ausnahmen denkbar,²⁾ aber nur dann, wenn die faktische Gesellschaft nicht mit dem Sinn und Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes in Widerspruch stehe. Unbewußte oder ungewollte Verstöße gegen ein Verbotsgesetz könnten solche Ausnahmen sein, müßten es aber nicht.³⁾

Es ist m.E. richtig, von Sinn und Zweck des im Einzelfall in Rede stehenden Verbotsgesetzes auszugehen und nach Ausnahmetatbeständen zu suchen, die ihm nicht entgegenstehen und daher als faktische Gesellschaft gewürdigt werden können. Eine Abgrenzung wird jedoch immer schwierig, wenn nicht sogar zweifelhaft erscheinen, weil jede Verbotsnorm eine Schutznorm zu Gunsten der Allgemeinheit darstellt und es daher immer wieder gilt, die Grenze zu suchen, an der die Allgemeinheit ihr Interesse an der Durchsetzung des Verbots verliert.

Der Kassationshof läßt die "société de fait" beim Verstoß gegen Verbotsnormen oder die guten Sitten dann zu, wenn es mit dem "Ordre public" in Einklang

1) Vgl. Fischer in NJW 1958,969(970).

2) Vgl. BGH aaO.: Altmetallhandelsgesellschaft ohne die erforderliche behördliche Konzession. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeit beim Widerspruch mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes liegt hier deshalb vor, weil die Behörde selbst nichts gegen die Betätigung der Gesellschafter als Gesellschaft unternahm, obwohl sie davon Kenntnis hatte.

3) Vgl. Fischer in NJW 1958,969(970).

zu bringen ist. Das wird dann angenommen, wenn nicht das ganze Unternehmen in sich, also nach seinem Ziel und Zweck, sittenwidrig oder gegen eine Verbotsnorm gerichtet ist. Dies wird an Hand der Überlegung untersucht, ob die unzulässige Vertragsklausel ihrem Wesen nach den ganzen Vertrag ergreift, d.h. ob der Vertragszweck und sein Inhalt von ihr im Sinne der Artt.1855 und 1172 C.civ. "abhängen"¹⁾ oder ob sich die Nichtigkeit auf die fehlerhafte Bestimmung beschränken läßt. Im letzteren Fall beruhen diese Klauseln meistens auf arglistiger Täuschung oder Drohung, die selbständige Anfechtungsgründe darstellen. Steht und fällt der Vertrag mit der ungesetzlichen Klausel (wenn z.B. Schmuggel oder Rauschgifthandel der Zweck des Unternehmens ist), so ist für Nichtigkeitsbeschränkungen kein Raum mehr.²⁾

Der Kassationshof versucht dem Problem ferner dadurch beizukommen, daß er zwischen der Gesellschaft im Innenverhältnis als Vertragsverhältnis und im Außenverhältnis als Rechtspersönlichkeit unterscheidet.³⁾ Damit ist die Möglichkeit eröffnet, die Gesellschaft als Vertrag bestehen zu lassen, während sie als juristische Person am Prüfstein des "ordre public" scheitert, der sich gerade gegen die Anerkennung eines Gebildes als Rechtsperson richtet, das gegen die guten Sitten oder die Verbotsgesetze verstößt. Diese Lösung, die in der Literatur umstritten ist, läßt sich aber auf unser Rechtssystem nicht übertragen. Abgesehen von der Problematik der Anwendung auf die Personalgesellschaften, die im französischen Recht volle Rechtspersönlichkeit besitzen, rettet sie nur die Innengesellschaft. Das in Frankreich auf die Außengesellschaft angewandte "Wahlsystem" erscheint - ohne daß jetzt näher darauf eingegangen werden kann - nicht übernahmefähig.⁴⁾

1) Vgl. dazu ausführlich oben B.1.Abschnitt, II, 3, Seite 18 ff.

2) Vgl. dazu oben B.1.Abschnitt, II, 3, Seite 18 ff. und 2.Abschnitt, I, 4e, Seite 69 ff.

3) Vgl. dazu ausf. oben B.1.Abschnitt, IV, 3, Seite 48 ff.

4) Vgl. dazu ausf. unten C.2.Abschnitt, II, Seite 150 ff.

Bei den Verstößen gegen die guten Sitten oder die Verbotsgesetze handelt es sich in der Regel um Ziel und Zweck des Unternehmens. Da sittenwidrige Gesellschaften keinen Anspruch auf Rechtsschutz haben können, greifen sowohl in Deutschland als auch in Frankreich die allgemeinen Nichtigkeitsbestimmungen durch.

7. Der mit Willensmängeln behaftete Gesellschaftsvertrag und die Interessen schutzwürdiger Vertragspartner

Die schutzwürdigen Vertragspartner können in zwei Gruppen eingeteilt werden: einerseits in die Gruppe derjenigen, die unter die Tatbestände der arglistigen Täuschung, der widerrechtlichen Drohung, des Wuchers und der sittenwidrigen Übervorteilung zu subsumieren sind, und andererseits in die Gruppe derjenigen, die ohne die erforderliche Einwilligung in eine Gesellschaft eintraten, d.h. der Minderjährigen bzw. Geschäftsunfähigen.

a) Arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung, Wucher und sittenwidrige Übervorteilung

Die Tatbestände dieser Gruppe können einheitlich beurteilt werden, da in allen Fällen der Schutz des betroffenen Vertragspartners in Frage steht. Die verschiedenen Rechtsfolgen, d.h. entweder Vernichtbarkeit durch Anfechtung oder Nichtigkeit ipso iure, erfordern wegen des engen Zusammenhangs zwischen den Tatbeständen keine gesonderte Behandlung.¹⁾ Macht ein Vertragspartner eine arglistige Täuschung usw. zu Recht geltend, so werden vom Schrifttum und der Rechtsprechung überwiegend die Grundsätze der faktischen Gesellschaft zugelassen, soweit das nicht für den betrogenen usw. Partner zu unerträglichen Ergebnissen

1) So auch die Beurteilung des Reichsgerichts in RGZ 123,102 (105).

führen würde.¹⁾ Die Frage, ob eine faktische Gesellschaft angenommen werden kann oder nicht, stellt sich in Wirklichkeit erst in solchen Fällen, in denen ein unerträgliches Ergebnis für den Betroffenen usw. herauskommen kann, weil erst hier eine echte Interessenabwägung verlangt wird.

Bei der Überlegung, wie die schutzwürdigen Interessen des Getäuschten usw. in gerechter Weise durchgesetzt werden können, kommt es darauf an, ob sich die Täuschung nur auf die Einwilligung des Partners zu einer für ihn ungünstigen Klausel im Gesellschaftsvertrag erstreckt, oder ob sein allgemeiner Entschluß, den Vertrag einzugehen, durch die Täuschung bestimmt wurde. Handelt es sich um Einzelklauseln, über deren Inhalt er getäuscht worden war, z.B. über die Höhe der Gewinn und Verlustbeteiligung, so kann man eine faktische Gesellschaft annehmen, in der die fehlerhafte Klausel durch eine der wirklichen Lage entsprechende angemessene Regelung ersetzt wird. Die Interessen des Getäuschten werden dann im Rahmen der faktischen Gesellschaft voll gewahrt. Für die Frage des Vorliegens einer faktischen Gesellschaft sind ferner nicht die abstrakten Interessen der Allgemeinheit entscheidend, sondern Charakter und Struktur des gegebenen Konflikts zwischen den Interessen des Getäuschten einerseits und des Verkehrs als der Gesamtheit der Gläubiger, bzw. der übrigen Beteiligten andererseits.²⁾ Nach einer Meinung im Schrifttum soll es schon auf Grund der "Veränderungen der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft infolge des erkannten Interessenwiderstreits und der wirtschaftlich bedeutungsvolleren Interessen des Verkehrs" unmöglich sein, die rückwirkende Nichtigkeit des Unternehmens herbeizuführen. Allein zulässig sei daher die Auflösung für die Zukunft.³⁾

- 1) Vgl. BGHZ 13, 320 (322); Baumbach-Duden, Anm. 8E zu § 105; Geßler-Hefermehl, Anm. 17 zu § 123; Fischer in NJW 1955, 849 und 1958, 969 (971); Benke in JZ 1952, 305 und Simitis, S. 250 ff.
- 2) Vgl. Fischer in NJW 1958, 969 (971); Hueck, S. 56; RGRK, HGB, § 105, Anm. 74a; Schlegelberger-Geßler, Anm. 62 zu § 105 und Simitis, S. 250.
- 3) So Simitis, S. 246.

Nimmt man eine faktische Gesellschaft an, so muß auf der anderen Seite dem Getäuschten usw. ein Leistungsverweigerungsrecht dann zustehen, wenn die Forderung auf Leistung der versprochenen Einlage zu einem unerträglichen Ergebnis insoweit führen würde, als die Erfüllung der Einlageverpflichtung im wesentlichen dem Täuschenden selbst zugute kommen würde.¹⁾ Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn es sich nicht nur um einen Getäuschten handelt, sondern vielmehr alle Gesellschafter von einem einzigen Mitgesellschafter betrogen wurden. So diente z.B. in einem Fall die Erfüllung der Verpflichtung des klagenden Kommanditisten dazu, die eingetretenen Vermögensverluste auf die Opfer des Betrügers, die übrigen Gesellschafter, nach Maßgabe ihrer Einlagezusagen einheitlich zu verteilen. Der Bundesgerichtshof verlangte daher die Einzahlung der Geschäftsanteile und liquidierte das Unternehmen als faktische Gesellschaft.²⁾ Die schutzwerten Belange des einzelnen Getäuschten mußten also hinter den Interessen der Gesamtheit der geschädigten Gesellschafter zurücktreten. Demnach würde folgerichtig aus dem gleichen Grund die Zurückzahlung einer bereits geleisteten Einlage unter vollem Gewinnausgleich zu verweigern sein.

Durch den Betrug kann die Vertrauensgrundlage derart erschüttert sein, daß es dem Getäuschten nicht zuzumuten ist, an dem Vertragsverhältnis festgehalten zu werden. Er hat in diesem Fall - auch bei Heilung des Mangels durch eine angemessene Regelung - die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis durch eine Auflösungs-, Ausschießungs- oder Übernahmeklage zu beenden.³⁾ Ist der Getäuschte erst durch die arglistige Täuschung zur Partnerschaft veranlaßt worden, so kann die Gesellschaft durch die Änderung

1) Vgl. Hueck, §7, III, 2a und Fischer in NJW 1955, 849 (851).

2) Vgl. BGHZ 26, 330.

3) So auch Simitis, S. 251 und Fischer in NJW 1958, 969 (971).

einzelner Vertragsbestimmungen wohl nicht auf eine vertrauensbeständige Grundlage gestellt werden. Die Interessen des getäuschten Gesellschafters sind auf diese Weise kaum in zufriedenstellender Form gewahrt. Praktische Fälle dieser Art treten besonders dann auf, wenn jemand durch verschleierte Bilanzen zum Eintritt in ein notleidendes Unternehmen verleitet wird. Hier ist der Betroffene daran interessiert, von allen gesellschaftlichen Bindungen und Verpflichtungen so schnell wie möglich frei zu kommen. Erkennt man aber eine faktische Gesellschaft an, so ist es schwierig, den Interessen des Betroffenen gerecht zu werden. Das erklärt sich aus den Rechtsfolgen, die mit dieser Anerkennung verbunden sind. Trotzdem spricht sich die Mehrheit des Schrifttums für die Konstruktion einer faktischen Gesellschaft aus.¹⁾ Es liegt auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in dieser Richtung vor.²⁾

Von den genannten Autoren wird vorgeschlagen, unerträglichen Ergebnissen dadurch zu begegnen, daß dem getäuschten Vertragspartner im Rahmen seiner Rechte und Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag alle allgemeinen Rechtsbehelfe zugestanden werden. Fordert man z.B. die Leistung seiner Einlage oder die Einhaltung anderer Verpflichtungen wie z.B. die eines Wettbewerbsverbots, so soll ihm hiergegen der Einwand der Arglist zustehen, da gegenüber einem betrügerischen Mitgesellschafter keine echte Rechtsverpflichtung entstehen könne. Das gelte sowohl für die *actio pro socio* des einzelnen Gesellschafters als auch für den Anspruch der Gesellschaft, soweit sie von den betrügerischen Partnern beherrscht wird. Wird ferner der getäuschte Gesellschafter von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, so muß man ihm einen Freistellungsanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern zugestehen.

1) Baumbach-Duden, Anm. 8E zu § 105; Fischer in NJW 1958, 969 (971); Geßler-Hefermehl, Anm. 17 zu § 123; Schlegelberger-Geßler, Anm. 62 zu § 105 und Hueck, S. 65.

2) BGHZ 13, 320.

Ist es auf diese Weise möglich, unbillige Ergebnisse zu Ungunsten des Getäuschten zu vermeiden, so steht m.E. der Zulassung einer faktischen Gesellschaft nichts im Wege, durch die die Verkehrsinteressen ebenfalls gewahrt werden können.

Die französische Literatur und Rechtsprechung läßt bei einer arglistigen Täuschung usw. ebenfalls eine "société de fait" zu, vermeidet aber Konflikte aus den vertraglichen Verpflichtungen des Betrogenen usw., indem sie seine Interessen vorrangig vor denen des Verkehrs und aller sonstigen Beteiligten behandelt und verlangt, er müsse so gestellt werden, wie er ohne den Abschluß des Gesellschaftsvertrags gestanden hätte. Um zu diesem Ziel zu kommen, wird fingiert, zwischen dem Getäuschten usw. und den anderen Gesellschaftern habe von vornherein kein Gesellschaftsverhältnis bestanden, sondern nur zwischen den übrigen Partnern. Der Getäuschte usw. hat seine Rechte im Wege der Anfechtungsklage geltend zu machen. Die Gläubiger können sich also nur an die ohne den getäuschten Gesellschafter fortbestehende faktische Gesellschaft halten.¹⁾

Das französische System, das ganz auf den Schutz des Betrogenen abgestellt ist, bietet keine neuen Lösungsgesichtspunkte. In diesem Fall kann eher das deutsche System dafür Anregungen geben, wie neben den schutzwerten Belangen des Getäuschten auch die Interessen der übrigen Beteiligten gewahrt werden können.

In Zusammenhang mit der Beurteilung der arglistigen Täuschung tauchte in der Praxis die Frage auf, ob sich jemand auf einen Vollmachtsmißbrauch berufen

1) Vgl. dazu oben B.1.Abschnitt, II, 7c, Seite 34/35 und 2.Abschnitt, I, 4f, Seite 70/71.

könne, den ein Vertreter bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages begangen habe, und ob der Vertretene deshalb den Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht gegen sich gelten zu lassen brauche.¹⁾ Der Bundesgerichtshof verneinte diese Frage für den Fall, daß der Vollmachtsmißbrauch mit einer arglistigen Täuschung Hand in Hand gehe, d.h. wenn der Betrüger der Bevollmächtigte des Getäuschten war. Die Berufung auf den Vollmachtsmißbrauch beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags könne keine weitergehende Wirkung haben, als die Berufung auf eine arglistige Täuschung bei der Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses.²⁾ Das bedeutet, daß u.U. auch gegenüber einem Vollmachtsmißbrauch die Grundsätze über die faktische Gesellschaft durchgreifen. Eine Regel kann daraus aber nicht abgeleitet werden, vielmehr kann die Frage nur unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse jeweils von Fall zu Fall entschieden werden.

b) Minderjährige und geschäftsunfähige Gesellschafter

Nach § 1822 Ziff.3 in Verbindung mit § 1643 Abs.1 BGB braucht der Minderjährige oder Geschäftsunfähige zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wird trotzdem ein Vertrag ohne Genehmigung abgeschlossen, so kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Gesellschaft, auch keine faktische Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen entstehen.³⁾ Die Beseitigung der Nichtigkeitfolgen durch Zulassung einer faktischen Gesellschaft sei

1) Vgl. BGHZ 26,330(336/337); vgl. dazu die Anm. von Fischer in BGH LM Nr.13 zu §105 HGB. Der betrügerische Gesellschafter wurde von den Getäuschten beauftragt, den notariellen Vertragsschluß für sie vorzunehmen.

2) BGH aaO.

3) Vgl. BGHZ 17,160. Vgl. dazu die Anm. von Fischer in BGH LM Nr.3 zu §1822 Ziff.3 BGB.

allenfalls dann möglich, wenn sich der Minderjährige als Kommanditist und nur rein kapitalmäßig beteilige. Der Kommanditist sei aber oft nicht nur Geldgeber, sondern darüber hinaus selbstverantwortlich beteiligt, wie das z.B. § 176 HGB unterstreiche. Man könne die Zulassung der faktischen Gesellschaft aber nicht von einer genauen Abwägung solcher Verhältnisse abhängig machen, vielmehr erfordere die Rechtssicherheit eine Gleichbehandlung aller Fälle. Eine faktische Gesellschaft könne daher bei fehlender Genehmigung nicht angenommen werden.¹⁾

Für die unzulässige Unternehmereigenschaft des minderjährigen Kommanditisten ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung spreche im übrigen auch die Tatsache, daß er zur Veräußerung seines Geschäftsanteils ebenfalls der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe (§ 1822 Ziff. 3 BGB), weil er als Kommanditist Mitinhaber des Betriebes sei.²⁾

Der Bundesgerichtshof ließ jedoch die Annahme einer faktischen Gesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern zu, soweit diese den Vertrag auch ohne die Teilnahme des Minderjährigen abgeschlossen hätten.³⁾ Die Ansprüche des Minderjährigen wurden nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung befriedigt. War er persönlich im Betrieb tätig, so steht ihm ein angemessener Abfindungsanspruch zu.⁴⁾ Dritte können sich zur Befriedigung ihrer Forderungen nicht an den Minderjährigen halten, da dessen Schutz grundsätzlich weiter geht als der Vertrauensschutz des Verkehrs.

Die Nichtigkeit der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft wird auch in der herr-

1) Vgl. die Anm. von Fischer zu BGH aaO.

2) Vgl. Fischer aaO.

3) Vgl. BGHZ 17, 160 (167, 168).

4) Vgl. dazu Fischer in NJW 1955, 849 (851).

schenden Lehre vertreten. Als Hauptargument dient die Erwägung, daß es sich beim Schutz der Interessen des nicht voll Geschäftsfähigen um einen Grundsatz der Rechtsordnung handelt, der den Interessen des die Gesamtheit der Gläubiger verkörpernden Verkehrs vorgehen muß.¹⁾ Eine andere Meinung will die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft insoweit verweigern, als sie den notwendigen Schutz des Geschäftsunfähigen oder Minderjährigen aushöhlen würde.²⁾ Der wesentliche Gesichtspunkt ist indessen hierbei der Umstand, daß die Beteiligung eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ein so seltener Fall ist, daß dieses äußerst geringfügige Risiko die schutzwürdigen Interessen des Verkehrs nicht berührt.

Gegen diese Ansichten, die sich auf das Gesetz gründen und daher zu einem kompromißlosen Vorzug des nicht voll Geschäftsfähigen kommen, wendet sich neuerdings in der Lehre die Auffassung, daß in dem vorliegenden Interessenkonflikt zwischen dem Geschäftsunfähigen und dem Verkehr allein die wirtschaftliche Bedeutung des in Frage kommenden Gesellschaftstyps entscheiden könne.³⁾ Je größer die wirtschaftliche Bedeutung des betreffenden Unternehmens sei, umso mehr dürfe man mit Sicherheit sagen können, so wird ausgeführt, daß eine Nichtigkeit im Sinne des Gesetzgebers ausgeschlossen sein und durch eine in die Zukunft wirkende Vernichtung ersetzt werden müsse. Das verlange die Veränderung der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft. Die Durchsetzung der wirtschaftlichen Interessen der Gesamtheit der Beteiligten gegenüber denen des Minderjährigen sei infolge dieser sozialen Veränderung entgegen dem Gesetzeswortlaut deshalb möglich, weil durch den vorliegenden Nichtigkeitsgrund nicht die Allgemeinheit, sondern nur das Interesse eines einzelnen benachteiligten Beteiligten

1) Enneccerus-Lehmann, aaO., § 176, III, 2; Hueck, S. 55; Haupt-Reinhard, S. 72 ff.; Erman, S. 64 f.; Schumann, Handelsrecht I, S. 222 ff.

2) Fischer in NJW 1958, 969 (973).

3) Simitis, S. 256 ff.

geschützt werde. Das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit könne nicht an der fehlenden Zurechenbarkeit der Erklärung des Minderjährigen scheitern.¹⁾

Es ist richtig, daß man auf diesem Wege in jedem Fall zur Annahme einer faktischen Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen gelangt, soweit dies die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens auch nur irgendwie rechtfertigt. Es erscheint aber kaum möglich, dies von vornherein für jeden auftretenden Fall anzunehmen, d.h. zu Gunsten von Dritten zu unterstellen, die wirtschaftlich-soziale Aufgabe jedes Unternehmens erfordere die Hintanstellung der Interessen des beschränkt Geschäftsfähigen. Es ist ferner zu beachten, daß die Gesellschaft nur für die bisherige Tätigkeit aufrechterhalten, nicht aber für die Zukunft rechtlich fundiert werden soll. Es erscheint daher m.E. nur in ganz besonderen Fällen gerechtfertigt, die Interessen des geschäftsunfähigen Gesellschafters zugunsten der Allgemeinheit aufzugeben, d.h. in solchen Fällen, in denen die sozial- und wirtschaftspolitische Bedeutung des Unternehmens überragend groß ist. In weniger bedeutsamen Fällen dürften die Interessen des Verkehrs auch dann gewahrt bleiben, wenn nur noch eine Befriedigungsmöglichkeit aus dem Vermögen einer faktischen Gesellschaft ohne den Minderjährigen usw. besteht, wie sie der Bundesgerichtshof in seiner bereits zitierten Entscheidung zuließ.²⁾

Die französische Rechtsprechung und Literatur stellt wie der Bundesgerichtshof ebenfalls den Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen über alle anderen Erwägungen. Der Minderjährige kann durch Anfechtungsklage seinen Beitritt rückgängig machen und seinen Geschäftsanteil sowie seinen Gewinnanteil herausverlangen. Der französische Weg kann daher zur Aufhellung des Problems nichts beitragen.³⁾

1) Simitis, S.258 f.

2) Vgl. BGHZ 17,160(167,168).

2) Vgl. zum französischen Recht oben B.1.Abschnitt,II,7, Seite 31 ff. und 2.Abschnitt,I,4f, Seite 70 ff.

Für die deutsche Rechtspraxis sollte m.E. aus den dargestellten Meinungen eine Synthese in der Form hergestellt werden, daß man den in Literatur und Rechtsprechung stark vertretenen Minderjährigenschutz nur dann aufgibt, wenn es in außergewöhnlichen Sonderfällen wirtschaftlicher Bedeutung aus der sozialen Funktion der Gesellschaft heraus nötig wird. Zur Vermeidung einer Rechtsunsicherheit kann als Kriterium für die Annahme solcher ohnehin extremer Ausnahmefälle z.B. vorausgesetzt werden, daß der Minderjährige mit einem bestimmten Prozentsatz am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, das wiederum eine gewisse Minimumgrenze nicht unterschreiten darf.

Schützt man den Minderjährigen, so ist dieser Schutz auch konsequent durchzuführen, indem man den Betreffenden entsprechend den Gedanken der herrschenden Lehre auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung verweist.¹⁾ Es können ihm aber keine Befriedigungsrechte auf Grund der geleisteten Einlage zustehen, da dies reine Gesellschafterrechte sind, die ihm, der er nicht an der Gesellschaft beteiligt ist, nicht zustehen können. Will man dem nicht voll Geschäftsfähigen keine Gesellschaftspflichten auferlegen, so darf man ihm auch keine Gesellschafterrechte zubilligen.²⁾ Unter den anderen Gesellschaftern kann im übrigen eine faktische Gesellschaft zustandekommen.

Daneben ist noch folgender Weg dankbar:
Zur Lösung des Konflikts zwischen den schutzwerten Interessen des Minderjährigen und den Belangen der übrigen Beteiligten könnte man dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen³⁾ in entsprechender Anwendung des Gedankens der "Options"-theorie der fran-

1) So z.B. Hueck, aaO., S. 58.

2) Die gegenteilige Ansicht von Fischer in NJW 1955, 849 (851) erscheint insoweit nicht folgerichtig.

3) Unter Umständen mit Einschaltung des Vormundschaftsgerichts.

zösischen Rechtsprechung ein Entscheidungsrecht zubilligen: Beruft er sich auf die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags, so kann er nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung geltend machen; will er hingegen Befriedigungsrechte aus der Einlage geltend machen, so kann die mangelnde Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur als wichtiger Grund zur Kündigung, bzw. zum Ausscheiden für die Zukunft anerkannt werden, wobei die anderen Gesellschafter zur Freistellung von Verbindlichkeiten verpflichtet wären.

Zweiter Abschnitt: Die Beendigung der faktischen Gesellschaft

Nachdem im ersten Abschnitt unter Hinweis auf die französische Rechtslage versucht wurde, die verschiedenen Gründe darzustellen, die zur Annahme einer faktischen Gesellschaft führen, soll im zweiten Abschnitt gezeigt werden, wie die faktische Gesellschaft beendet werden kann. Auch an den Fragen der Gesellschaftsauflösung und Abwicklung zeigen sich wesensmäßig bedingte Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen Recht, zugleich treten aber auch Gemeinsamkeiten des Rechtsdenkens zutage.

I. Die Auflösung der faktischen Gesellschaft

Das Problem der Auflösung der faktischen Gesellschaft ist mit der Frage verbunden, wie weit sich die rechtliche Anerkennung des nur faktischen Gebildes erstreckt. Infolge der vorgegebenen gesellschaftlichen Wirklichkeit kann eine zwar rechtlich fehlerhafte, aber wirtschaftlich tätig gewordene Gesellschaft von der Rechtsordnung nicht unberücksichtigt bleiben, sondern ist wegen der den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Tätigkeit der "Gesellschafter" wie eine echte Gesellschaft unter Anwendung aller für sie einschlägiger

Rechtsnormen zu würdigen.¹⁾ Die fehlerhafte Gesellschaft ist also nicht nach einem einheitlichen Typ zu behandeln, sondern nach einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung immer in der Form aufzulösen und zu liquidieren, unter der sie im Rechtsleben aufgetreten ist. Es sind also die Normen der OHG oder GmbH usw. anzuwenden.²⁾

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs finden sich hierfür Beispiele in Form der Vorgesellschaft für eine GmbH und eine Genossenschaft und sogar einer atypischen stillen Gesellschaft, neben den zahlreicheren Fällen der offenen Handelsgesellschaften.³⁾

Die faktische Gesellschaft ist also wie eine fehlerfreie entweder durch Kündigung nach § 723 BGB oder bei Personalhandelsgesellschaften durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil nach § 133 HGB aufzulösen.⁴⁾ Für die Aktiengesellschaften gelten die Vorschriften der §§ 216-218 AktG. Nach § 216 AktG kann bei nicht geheilten Formverletzungen (vgl. § 16 Abs.3 AktG) jeder Aktionär, jedes Vorstandsmitglied oder jedes Mitglied des Aufsichtsrats binnen einer Ausschußfrist von fünf Jahren nach Eintragung der Gesellschaft Nichtigkeitsklage erheben. Die Gesellschaft wird durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil und - im Unterschied zu Personalgesellschaften - durch Eintragung des Nichtigkeitsvermerks ins Handelsregister aufgelöst (§§ 216-218 AktG). Entsprechendes gilt für die Gesell-

1) Vgl.dazu Siebert in NJW 1955,809 und Duden in JZ 1954,240.

2) Vgl.dazu Haupt-Reinhardt,aaO.,S.77; Hueck,aaO.,S.59 f. und Simitis,aaO.,S.260 f. mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. BGHZ 8,157 (atyp.stille Ges.); 13,320(Vor-GmbH); 11,190(OHG); 3,285(KG); 20,281(Genossenschaft) und BGH LM Nr.8 zu §105 HGB(OHG).

4) Vgl. Hueck,aaO.,S.59 f.; Simitis,aaO.,S.260 f. und Fischer in Anm. zu §133 HGB.Vgl. zur Repr.:BGHZ 3,285.

schaft mit beschränkter Haftung (§§ 75 ff. GmbHG). Die KGaA wird durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil nach §§ 213 Abs.1 AktG in Verbindung mit § 133 HGB aufgelöst. Für die nachfolgende Abwicklung gelten aber die Bestimmungen der §§ 219 Abs.3, 205 ff. AktG.¹⁾

Die Zweckmäßigkeit, auch Personengesellschaften durch Urteil aufzulösen, ergibt sich schon aus der Tatsache, daß im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit durch eine gerichtliche Entscheidung eindeutige Rechtsverhältnisse geschaffen werden, die auch das Bedürfnis befriedigen, die zwischen den Gesellschaftern bestehenden Zweifelsfragen über das Vorliegen eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes zu bereinigen.

Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs genügt als Voraussetzung für die Auflösungsklage, daß der Gesellschaftsvertrag nichtig ist. Darüber hinaus bedarf es nicht der Darlegung eines wichtigen Grundes im Sinne des § 133 HGB. Diese Rechtsprechung stellt eine bewußte Einschränkung gegenüber den Anforderungen dar, die das Reichsgericht noch an die Auflösung knüpfte.²⁾ Der Bundesgerichtshof leitet seine Ansicht aus dem gleichen Gedanken ab, der zur rechtlichen Anerkennung des tatsächlichen

1) Zur Frage der Auflösung werdender Kapitalgesellschaften vgl. oben 1.Abschnitt, III,3,Seite 117 ff.

2) Vgl. BGHZ 3,285(290-292). Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. RG in DR 1941,1943(1944) und in DR 1943, 1221(1223). Nach Ansicht des Reichsgerichts sind die Vorschriften der §§ 131 ff. HGB nicht nur für die Form der Auflösung, sondern auch für die Voraussetzungen zur Erhebung der Auflösungsklage zur Anwendung zu bringen. Im Schrifttum wird diese Meinung auch von Schumann in DR 1943,267 und Haupt,aaO.,S.28 vertreten.

Abgelehnt wird sie von Erman,aaO.,S.30 f.; Beitzke, aaO.,S.62; Hueck,aaO.,S.52 f. und Geßler-Hefermehl, Anm. 62b zu § 105.

Zustands geführt hat und der in der rechtlichen Berücksichtigung der in der Vergangenheit liegenden faktischen Verhältnisse, nicht aber in einer völligen, d.h. in die Zukunft wirkenden Gleichstellung mit einer mangelfreien Gesellschaft zu erblicken ist. Vom Standpunkt dieser Auffassung aus gesehen ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß sich die Geltendmachung der Nichtigkeit, insbesondere die Ausübung eines Anfechtungsrechts, als unzulässige Rechtsausübung darstellt und keine rechtliche Beachtung verdient.¹⁾

In der Literatur ist ebenfalls die Ansicht herrschend, daß die Auflösung über die Vorschriften des §§ 131 ff. HGB zu erfolgen habe,²⁾ wenn auch nicht ohne Einschränkungen. Diese liegen in der Feststellung begründet, daß der Gründungsmangel nur dann erheblich sei, wenn er die gesteigerten Voraussetzungen eines wichtigen Grundes zur Kündigung oder eines Auflösungsgrundes im Sinne der §§ 723 BGB, 133 HGB erfüllt habe und auch im Zeitpunkt der Klageerhebung noch erfülle.³⁾ Diese Vorbehalte erscheinen aus folgenden Gründen berechtigt:

Durch die Anerkennung der faktischen Gesellschaft auf Grund der Bedeutung des Geschäftsumfangs, der Betätigung der Unternehmer und der Interessenkonflikte kann es auf Grund der Geltendmachung eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes nicht zur ex tunc-Nichtigkeit kommen. Die Anfechtung stellt sich vielmehr als eine Kündigung aus wichtigem Grunde dar.⁴⁾ Der Ausschluß des Rücktritts vom Vertrag durch die Kündigung beschränkt sich nicht auf den Ausschluß der Rücktrittswirkungen, vielmehr treten an die

1) Vgl. dazu Fischer in Anm.zu BGH LM Nr.1 zu §133 HGB.

2) Vgl. dazu Anm.2 auf Seite 145.

3) Vgl. dazu Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S.66 f.

4) Ebenso Haupt, aaO., S.19; Gierke, Handelsrecht, S.190 und Simitis, aaO., S.246 ff.

Stelle der tatbestandlichen Voraussetzungen des Rücktritts die engeren Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grunde. Diese rechtssystematische Betrachtungsweise, die anstelle der ex tunc-Nichtigkeit zu den Rechtsfolgen einer Gesellschaftsauflösung geführt hat, muß auch für die engere Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Aufhebung ex nunc maßgebend sein. Daraus folgt, daß der ursprüngliche Vertragsmangel mindestens zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch von Bedeutung sein muß. Er braucht aber keinen wichtigen Grund oder Auflösungsgrund im Sinne des Gesetzes darzustellen. Die "gesteigerten Voraussetzungen" können schon dann als gegeben erachtet werden, wenn anzunehmen ist, daß das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern erschüttert ist. Daneben ist aber - wie ausgeführt - kein besonderer weiterer Grund nötig.¹⁾

Im Schrifttum wird vereinzelt darauf hingewiesen, daß der Grundsatz der Auflösung von Personalgesellschaften durch Gestaltungsurteil nach § 133 HGB nicht ausnahmslose Geltung beanspruchen könne. Einschränkungen seien dort geboten, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlichen Zustands mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch träte.²⁾ Dazu ist zu sagen, daß in solchen Fällen meistens schon von vornherein nicht an eine faktische Gesellschaft gedacht werden kann, weil es sich um verbots- oder sittenwidrige Gebilde handeln wird, die auch nicht als faktische Gesellschaften gelten können.³⁾

In der Praxis taucht auch die Frage auf, ob neben der Auflösungsklage als Gestaltungsklage auch

1) Vgl. dazu Siebert, aaO., S. 66 f.

2) Vgl. Erman, aaO., S. 64; Hueck, aaO., S. 55 und Fischer in Anm. zu BGE LM Nr. 1 zu § 133 HGB.

3) Vgl. oben 1. Abschnitt, III, 6, Seite 130 ff.

eine Nichtigkeitsklage als Feststellungsklage eröffnet ist. Wie im allgemeinen die Möglichkeit einer Leistungsklage die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ausschließt, so muß auch hier das gleiche für das Verhältnis von Feststellungs- und Gestaltungsklage gelten. Es wird daher für eine Nichtigkeitsklage als Feststellungsklage am Rechtsschutzbedürfnis fehlen, da die Gesellschaft durch Gestaltungsurteil aufgelöst werden kann. Aus diesen und aus prozeßökonomischen Gründen kann auch nicht bei Vorliegen eines Feststellungsurteils die faktische Gesellschaft über § 142 FGG¹⁾ beseitigt werden.

Liegt der Mangel, der zur Annahme einer faktischen Gesellschaft führt, nur in der Person eines Gesellschafters, so kommt statt einer Auflösung auch die Ausschliessung in Betracht (§§140,142 HGB).²⁾ Die Auflösungs- oder Ausschliessungsklage ist innerhalb einer angemessenen Frist nach Aufdeckung des Fehlers zu erheben; bei Irrtum, Täuschung oder Drohung in den Fristen der §§ 121,124 BGB.

Die Grundsätze, die hier für die faktische Gesellschaft entwickelt wurden, gelten auch für rechtsfehlerhaft vorgenommene, also eigentlich nur "faktische" Änderungen von Gesellschaften.³⁾ Andere Fälle können sich aus dem Beitritt oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters ergeben. Je nach Lage des Falles ist hier anstelle der Auflösung auch an ein Recht auf Wiederherstellung des früheren

-
- 1) Nach § 142 FGG kann das Registergericht eine in das Handelsregister bewirkte Eintragung von Amts wegen löschen, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war.
 - 2) Vgl.z.B. BGHZ 10,44 (51). Gegen die Anwendbarkeit von §140 HGB sprechen sich Schlegelberger-Geßler in Anm.1 zu §140 aus.
 - 3) Vgl.z.B. den anschaulichen Fall der Umwandlung einer KG in eine OHG unter Erweiterung der Rechte des bisherigen Kommanditisten, den das OLG Stuttgart zu entscheiden hatte (NJW 1951,29).

Vertrages oder auf Ausschliessung des Beigetretenen zu Gunsten der ursprünglichen Gesellschafter zu denken.

In Frankreich gilt der Grundsatz, daß sich niemand selbst Recht schaffen kann, d.h. er muß dazu die Gerichte anrufen. Jeder Nichtigkeitsgrund ist daher von vornherein durch Klage geltend zu machen. Die Regelung des § 133 HGB kennt das französische Recht nicht. Das ist ein grundlegender Unterschied zum deutschen Handelsrecht, der sich hier aber nicht auswirkt, da in beiden Systemen die Gesellschaftsauflösung durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil vollzogen wird. In Deutschland gilt für Kapitalgesellschaften allerdings eine Besonderheit: die Auflösung einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH wird erst in Verbindung mit der Eintragung der Nichtigkeit auf Grund rechtskräftigen Urteils ins Handelsregister herbeigeführt (§§ 218 AktG, 77 GmbHG).

Eine Gemeinsamkeit mit dem französischen System liegt schließlich noch darin, daß auch nach französischer Ansicht die "société de fait" nach den Normen ihres Vertragstyps aufgelöst werden soll.¹⁾

II. Die Liquidation der faktischen Gesellschaft

Ebenso wie für die Auflösung findet auch für die Liquidation der Grundsatz Anwendung, daß jede Gesellschaft nach den Normen ihres Typs zu behandeln ist.²⁾ Da die Liquidation in normalen Fällen nach den im Gesellschaftsvertrag dafür vorgesehenen Bestimmungen durchgeführt wird, gilt dieses Verfahren nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch für die faktische Gesellschaft.³⁾

1) Zum frz. System vgl. oben B., 2. Abschnitt, I, Seite 56 ff.

2) Vgl. Anm. 2 auf Seite 145 und Baumbach-Duden, Anm. 8H zu § 105 und Anm. 5 zu § 123.

3) Vgl. Anm. 2 auf Seite 145 und BGHZ 3, 285 (288).

Das folgt schon daraus, daß der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag im Zweifel den Willen der Gesellschafter auch für den Fall ausdrückt, daß er sich nachträglich als ungültig erweist. Das kann aber nicht für solche Bestimmungen gelten, die unmittelbar vom Vertragsfehler betroffen sind. Statt ihrer gilt die gesetzliche Regelung, d.h. für Personalgesellschaften die Bestimmungen der §§ 145 ff. HGB.¹⁾ Für Kapitalgesellschaften gelten indessen von vornherein die Vorschriften der §§ 218, 205-214 AktG, bzw. §§ 77, 60 ff. GmbHG und §§ 219 Abs. 3, 205 ff. AktG, da die Liquidation der Kapitalgesellschaften anders als diejenige von Personalgesellschaften öffentlichen Belangen dient.²⁾ Die Rechte der Gläubiger sind im Rahmen eines Liquidationsverfahrens nach den gesetzlichen Bestimmungen angemessen gewahrt. Nach einer im Schrifttum vereinzelt vorgetragenen Meinung soll die faktische Personalgesellschaft nicht nach dem fehlerhaften Vertrag oder gesetzlichen Abwicklungsvorschriften, sondern nach den Regeln über die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) liquidiert werden.³⁾ Diese Ansicht geht am Wesen der faktischen Gesellschaft vorbei und vernachlässigt das Rechtsscheinzprinzip, wonach die Abwicklung nach der Form verlangt werden kann, unter der die Vereinigung im Rechtsleben auftrat.

Es ist schließlich noch die Möglichkeit denkbar, die Abwicklung der richterlichen Entscheidung zu übertragen, die eine angemessene Verteilungsart des Gesellschaftsvermögens zum Ziel haben soll.⁴⁾ Gegen diese Methode erheben sich die gleichen Bedenken, wie gegen die Ansicht, die Liquidation nach den Vorschriften über die Gemeinschaft vorzunehmen.

1) Vgl. Anm. 2 auf Seite 145; anders aber Geßler-Hefermehl, Anm. 62 zu § 105, die anstelle der gesetzlichen Regelung eine angemessene richterliche Entscheidung verlangen.

2) Vgl. Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 1 zu § 205.

3) Vgl. Staudinger-Geiler, Anm. 37 zu § 705.

4) Vgl. dazu Anm. 1 und Kuhn in JR 1951, 513.

Aus der Gleichbehandlung der Gesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage mit einer voll wirksamen Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation folgt auch das Firmenrecht, sowie die Konkurs-, Grundbuch- und Parteifähigkeit der faktischen Gesellschaften, die deshalb auch eigenes Vermögen besitzen können.

Nach der in Frankreich herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist die Liquidation ebenfalls nach dem Gesellschaftsvertrag durchzuführen. Fehlen Liquidationsvorschriften oder sind gerade diese Gegenstand des Mangels der Gesellschaft, so werden die allgemeinen Vorschriften des Gesellschaftsrechts herangezogen. Nach anderer Auffassung soll der Richter eine angemessene Verteilungsart feststellen.¹⁾

Die im deutschen und französischen Recht gefundenen Lösungsmethoden stimmen somit in den Grundsatzfragen überein, ausgehend von dem in beiden Systemen vertretenen Gedanken, die faktische Gesellschaft soweit irgend möglich als eine rechtswirksame anzuerkennen. Ein fundamentaler Unterschied ergibt sich aber in der Behandlung der Gesellschaftsgläubiger. Nach Ansicht der "Cour de cassation" steht denselben ein "Wahlrecht" über die Entscheidung zu, ob die faktische Gesellschaft im Außenverhältnis als nichtig oder als rechtswirksam (bezüglich ihrer bisherigen Tätigkeit) betrachtet werden soll.²⁾ Nach deutscher Betrachtungsweise, der schon aus Gründen der Rechtssicherheit der Vorzug zu geben ist, können die beteiligten Dritten ihre Rechte nur im Rahmen des Liquidationsverfahrens geltend machen. Persönliche Gläubiger der einzelnen Gesellschafter sind auf den Liquidationsanteil ihres Schuldners beschränkt. Es erscheint nicht angängig, die Entscheidung von Rechtsfragen im Prozeß den Parteien zu überlassen. Das widerspricht auch im französischen

1) Vgl.dazu oben B.2.Abschnitt,I,1-3, Seite 56 ff.

2) Vgl.dazu oben B.2.Abschnitt,II, Seite 74 ff.

Recht dem Grundsatz "niemand kann sich selbst Recht schaffen". Anstelle des Wahlrechts könnte eine richterliche Entscheidung unter Abwägung aller Umstände und der Interessenlage des Einzelfalles die bestehende Rechtsunsicherheit und die Benachteiligung aller später kommenden Gläubiger beseitigen, die ihr Recht wegen der bereits vollzogenen Wahl des ersten im Prozeß auftretenden Gläubigers nicht mehr ausüben können. Es könnte dadurch auch mehr Klarheit in die auf Grund der Wahlmöglichkeit und ihrer Folgen komplizierten Rechtsbeziehungen aller Beteiligten gebracht werden.

Ein weiterer wichtiger Unterschied, der sich bei der Beurteilung der Frage der Liquidation zum deutschen Recht ergibt, besteht darin, daß weder der Code de Commerce noch spätere Gesetzestexte eingehende Bestimmungen über die Abwicklung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH enthalten. Wenn der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung keine besonderen Vorschriften enthalten, so muß auf das allgemeine Gesellschaftsrecht des Code Civil zurückgegriffen werden, d.h. auf die Bestimmungen der Artt. 1832 - 1873 C.civ., insbesondere auf Artt. 1853 ff. C.civ., die indessen den besonderen Gegebenheiten der einzelnen Gesellschaftsformen (besonders der Kapitalgesellschaften) nur zum geringen Teil gerecht werden können. Trotz des Grundsatzes, die "société de fait" nach dem Sonderrecht ihrer Organisationsform zu behandeln, ist man daher im wesentlichen auf die Anwendung der genannten Vorschriften des Code Civil beschränkt.

Abschließend ist noch auf einen bedeutsamen Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Recht bei der Liquidation einer Aktiengesellschaft, bzw. der entsprechenden Vorgesellschaft hinzuweisen. Die französische Lehre läßt die Aktiengesellschaft nach der Feststellung der Auflösung nur für Zwecke der Liquidation

als juristische Person fortbestehen. Darüber hinaus kann sie keine rechtserhebliche Tätigkeit entfalten. Die Gesellschaft wird also als Körperschaft nur in dem Maße erhalten, in dem es die Interessen der Gläubiger erfordern. Auf diese Weise müssen die Gläubiger nicht gegen eine Vielzahl von Gesellschaftern vorgehen, sondern können sich an die juristische Person halten.¹⁾ Die Wirksamkeit der normalen Liquidationsgesellschaft wie der "société de fait" erstreckt sich nur auf die bisherige Tätigkeit. Diese Auffassung wird in beiden Theorien zur "société de fait" vertreten. Unter Durchführung dieses Grundsatzes ist es daher in Frankreich im Rahmen der Liquidation nicht einmal zur Erleichterung derselben erlaubt, daß die Gesellschaft neue Geschäfte eingeht, während in Deutschland durch ausdrückliche gesetzliche Regelung bestimmt wird, daß die Gesellschaft im Verlauf der Abwicklung nicht nur ihre Geschäftstätigkeit weiterführen, sondern auch, wenn zweckmäßig, neue Geschäfte eingehen kann (§209 AktG). Da die faktische Gesellschaft wie eine rechtswirksame zu behandeln ist, kann diese Bestimmung auch auf die "faktische" Gründeraktiengesellschaft Anwendung finden. Entsprechendes gilt für die GmbH (§70 GmbHG).

Im übrigen gibt es in Frankreich kein besonderes Verfahren zur Befriedigung der Gläubiger, ihre Gleichberechtigung ist daher nicht in jedem Fall gewährleistet. Der Liquidationsüberschuß wird nach den Bestimmungen der Satzung unter die Gesellschafter aufgeteilt, ohne daß ein Sperrjahr eingehalten werden muß, wie dies im deutschen Recht zum Schutz der Gläubiger vorgeschrieben ist (§§ 213 AktG, 73 GmbHG).²⁾

1) Vgl. im einzelnen über die unterschiedliche Stellungnahme zur Frage der "société de fait" als juristische Person die zit.Lit.u.Rspr. oben B.2.Abschnitt,I,4a, Seite 62 ff.

2) Vgl. zu diesen Fragen im einzelnen Baudouin-Bugnet,S.38 ff.

D. Ergebnis

I. Die Theorien im französischen und im deutschen Recht

Die verschiedenartigen Problemstellungen, welche die Erscheinung der fehlerhaften Gesellschaft im Rechtsleben aufwirft, sind in Frankreich bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in Deutschland hingegen erst rund 100 Jahre später in vollem Umfang erkannt und rechtlich nach ihrer wirtschafts-, sozial- und rechtspolitischen Bedeutung gewürdigt worden. Trotz der in Deutschland also erst relativ spät eintretenden Entwicklung erkennt das deutsche Recht heute den faktischen Vertragsverhältnissen im allgemeinen und damit auch der faktischen Gesellschaft im besonderen eine wesentlich wichtigere Funktion zu, als dies im französischen Recht der Fall ist. Während in Frankreich nur geringe Anzeichen dafür erkennbar sind, den Anwendungsbereich der "société de fait" über die Fragen der Nichtigkeitsbeschränkung hinaus auszudehnen, wurden in Deutschland Gedanken entwickelt, die bis zur Aufgabe des Vertragsbegriffs gehen und die faktischen Vertragsverhältnisse selbständig als neuen Entstehungsgrund für Dauerrechtsverhältnisse anerkannt wissen wollen. Die französische Lehre beschränkt sich im wesentlichen darauf, in der faktischen Gesellschaft ein Liquidationsproblem zu sehen und durch die Zuerkennung von Rechtswirkungen für die Vergangenheit die Anwendung der allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen einzuschränken. Eine weitergehende rechtliche Anerkennung wird zur Lösung der auftretenden Interessenkonflikte als unnötig erachtet.

Im Gegensatz zur Vielzahl der in Deutschland geäußerten Meinungen stehen sich in der französischen Lehre im wesentlichen nur zwei Theorien gegenüber: Einerseits die Nullité-dissolution-Theorie, deren Hauptvertreter Hôrnard für die bisherige Tätigkeit der Gesellschaft die uneingeschränkte Wirksamkeit im Innen- und Außen-

verhältnis fordert, jedoch alle dem "ordre public" entgegenstehenden Gesellschaften der absoluten Nichtigkeit ausliefert; und andererseits die "erweiterte Société-de-fait-Theorie", die in weiten Teilen auch von der herrschenden Rechtsprechung vertreten wird und auch solche Gesellschaften im Innenverhältnis als Vertrag wirksam sein läßt, die gegen Verbotsgesetze oder die guten Sitten verstoßen, ihnen aber im Außenverhältnis die Rechtsfähigkeit abspricht. Die Liquidation der Außengesellschaft wird hier (wie auch bei allen anderen Mängeln) im Wege eines sog. "Wahlrechts" der Gläubiger eingeleitet und richtet sich im Falle eines Wirksamkeitsentscheids ebenso wie bei der Nullité-dissolution-Theorie nach dem Gesellschaftsvertrag. Im Falle der Wahl der Nichtigkeit entsteht eine durch Teilung zu beendende Gemeinschaft, ein Gedanke, der von der Nullité-dissolution-Theorie als systemwidrig abgelehnt wird.

Anders als das französische Recht, das weder im Code de Commerce noch in den zahlreichen Einzelgesetzen Vorschriften kennt, welche die Folgen der Fehlerhaftigkeit einer Gesellschaft regeln, besitzt das deutsche Recht in gewissem Umfang Normen zur Regelung der Rechtsverhältnisse einer fehlerhaften Gesellschaft. Es sind dies die Vorschriften der §§ 216 ff. AktG und §§ 75 ff. GmbHG. Die Problematik der faktischen Gesellschaft beschränkt sich daher im deutschen Recht im wesentlichen auf die Personalgesellschaften, während bei Kapitalgesellschaften nur noch die "fehlerhafte Vorgesellschaft" von Bedeutung werden kann. Infolge der verschiedenartigen Struktur beider Gesellschaftsformen ist eine uneingeschränkte Übernahme der für fehlerhafte Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften auf die Personalgesellschaften nicht möglich.

Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft wird im deutschen Recht auf die verschiedenartigsten Gründe gestützt. Einem großen Teil der Autoren geht es -

wie der französischen Lehre - nur um die Beschränkung der allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften. Sie leiten den Gedanken der Anerkennung des Faktischen durch die Rechtsordnung aus den Grundsätzen der Rechtssicherheit, des Rechtsscheins, des Verkehrsinteresses oder aus den tatsächlichen Schwierigkeiten einer Rückabwicklung des Unternehmens nach §§ 812 ff. BGB ab. Andere wollen im Wege restriktiver Rechtsfindung die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen beschränken, um so die Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion des Rechts zu verwirklichen oder aus der "gewandelten sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft" zur Behandlung des fehlerhaften Unternehmens nach Gesellschaftsrecht kommen. Dies wird ferner damit begründet, daß zwischen den allgemeinen Bestimmungen und der besonderen rechtlichen Ordnung des jeweiligen Dauerrechtsverhältnisses eine sachliche, rechtssystematische Unstimmigkeit bestehe. Die weitestgehende Lehre schließlich will der faktischen Gesellschaft zur vollen Rechtswirksamkeit verhelfen, indem sie die rein tatsächliche Betätigung der Partner als Gesellschafter als neue Entstehungsmöglichkeit neben der Gesellschaftsmöglichkeit gewertet wissen will.

Angesichts des heutigen Standes der französischen Rechtslehre erscheint eine Angleichung der deutschen Lehrmeinungen an deren Auffassung nicht zweckmäßig. Im Gegenteil hat die deutsche Lehre weiterführende Gedanken entwickelt als die französische, so daß eher umgekehrt empfohlen werden kann, die Stellung der faktischen Gesellschaft im Licht ihrer heutigen sozialpolitischen Bedeutung erneut zu überprüfen. Insbesondere darf bei der rechtlichen Behandlung der Außengesellschaft auf das systemwidrig erscheinende "Wahlrecht" der Gläubiger hingewiesen werden, das oft zu unbilligen Ergebnissen führt.

II. Der Standpunkt der französischen sowie der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu Einzelfragen

Die grundsätzliche Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage der fehlerhaften Gesellschaft im allgemeinen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Cour de cassation und Bundesgerichtshof stimmen in der Auffassung überein, daß die fehlerhaften Gesellschaften bis zur Beendigung der Liquidation nach innen und außen die volle Rechtswirksamkeit mit allen rechtlichen Folgen besitzen, nicht aber in die Zukunft fortwirken können. Diese Konstruktion dient der Nichtigkeitsbeschränkung zur Vermeidung ungerechter Ergebnisse gegenüber den Gesellschaftern oder den beteiligten Dritten. Der Standpunkt, der im übrigen in beiden Ländern zu den einzelnen Problemen vertreten wird, ist im folgenden zusammen mit den Bedingungen, die an das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft gestellt werden, darzustellen. Zugleich sollen der Rechtsprechung die Ergebnisse der Lehre gegenübergestellt werden.

1. Grundforderungen zur Anerkennung einer "société de fait" oder einer faktischen Gesellschaft

Zur Anerkennung als Gesellschaft ist in beiden Systemen die Invollzugsetzung des Unternehmens erforderlich. Einhellig wird anerkannt, daß eine nicht in Vollzug gesetzte Gesellschaft keine besonderen Interessenkonflikte bietet und die Anwendung der allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften keine unbilligen Ergebnisse bringt. Hingegen ist die Frage strittig, ob zur Annahme einer Gesellschaft ein förmlicher Vertrag nötig ist oder nicht. Die französische Rechtsprechung und Lehre sieht von diesem Erfordernis ab, wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Anwendung von Gesellschaftsrecht, nämlich die Leistung von Einlagen auf ein gemeinsames Vermögen, die Teilnahme aller Gesellschafter an Gewinn und Verlust und die "affectio societatis"

vorliegen, wenn also die Bedingungen des Art.1832 C.civ. im Rahmen eines als solches erkennbaren Vertragsverhältnisses erfüllt sind. Hauptanwendungsfall hierfür ist die Konkubinatsgesellschaft. Die herrschende Lehre in Deutschland geht ebenfalls davon aus, daß entsprechend dem Wesen der fehlerhaften Gesellschaft als einem Unternehmen, das unter Umständen nur aus rein faktischen Gesichtspunkten heraus als Gesellschaft erkennbar ist, kein förmlicher Gesellschaftsvertrag verlangt werden kann, wenn das Unternehmen die Struktur einer Gesellschaft erkennen läßt und Beiträge auf ein gemeinsames Vermögen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks geleistet wurden. Der Bundesgerichtshof fordert hingegen in ständiger Rechtsprechung einen wenn auch fehlerhaften Gesellschaftsvertrag zwischen den Parteien. Der Anschluß an die herrschende Lehre ist hier wünschenswert. Ferner ist eine Rechtsharmonisierung in dieser Frage insofern sinnvoll, als die deutsche Rechtsprechung zur Wahrung der von ihr geforderten Rechtssicherheit und Klarheit sich die Bedingungen des Art.1832 C.civ. zu eigen machen und auf diese Weise klare Kriterien schaffen könnte, deren Erfüllung zur Annahme einer Gesellschaft auch ohne förmlichen Gesellschaftsvertrag führen könnte.

2. Die Vorgesellschaft

Die Vorgesellschaft, die bereits ihre Geschäfte aufgenommen hat und später doch nicht ordnungsgemäß ihre eigentliche Organisationsform erhält, wird in Frankreich von der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung und einem kleinen Teil der Literatur grundsätzlich als faktische offene Handelsgesellschaft behandelt, wobei aber unter bestimmten Umständen für gewisse Mitglieder die Haftung auf die Einlagen beschränkt wird. Wurden nämlich die Aktionäre einer werdenden Aktiengesellschaft von der Tätigkeit der Gründer und des Verwaltungsrats nichts, oder hatten sie diese nicht gebilligt, so haften allein die Organe und die sonstigen

an den Geschäften beteiligten Gründer wie die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Daneben entsteht zwischen denjenigen Gründern eine faktische OHG, welche die Schuld an dem Gründungsmangel trifft, der die endgültige Entstehung der Körperschaft verhindert.

In Deutschland muß die Vorgesellschaft wie in Frankreich die genannten Grundvoraussetzungen für die weitere Anwendung von Gesellschaftsrecht erfüllen und wird dann je nach der Auffassung, die man zu ihrer Rechtsnatur vertritt, liquidiert. Von den Vertretern der hierzu entwickelten vier Theorien wird die Vorgesellschaft entweder als GBG-Gesellschaft, als offene Handelsgesellschaft, als nichtrechtsfähiger Verein oder bereits nach dem ihrer Organisationsform entsprechenden Sonderrecht behandelt. Die letztere Auffassung wird dem Prinzip am besten gerecht, die faktische Gesellschaft wie eine ordnungsgemäß zustande gekommene zu behandeln.

Nach diesem Grundsatz sollte die Vorgesellschaft auch in Frankreich nach dem Sonderrecht ihrer Organisationsform behandelt werden, eine Meinung, welche zwar bereits von der Mehrheit des Schrifttums vertreten wird, in der Praxis jedoch erst im Vordringen begriffen ist. Man braucht dann nicht zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse auf die Sonderbehandlung gutgläubiger Aktionäre auszuweichen, indem man nur die am Gesellschaftsmangel schuldigen Gesellschafter wie OHG-Gesellschafter haften läßt; eine Konstruktion, die überdies einen ungerechtfertigten Dualismus innerhalb des Systems darstellt. Sie widerspricht dem sonst zur "société de fait" herrschend vertretenen Gedanken, das gesetzliche Liquidationsrecht der betreffenden Gesellschaftsform anzuwenden - soweit solche Sondervorschriften überhaupt bestehen - und insbesondere die im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung der Haftung der einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten zu respektieren. Dieser Grundsatz sollte gerade bei Kapitalgesellschaften verwirklicht werden, deren Abwicklung in besonderem Maße öffentlichen Belangen dient.

Eine Rechtsharmonisierung erscheint in diesem Punkt daher im Hinblick auf Frankreich angebracht.

3. Die stille Gesellschaft

Die Frage nach der Behandlung der fehlerhaften stillen Gesellschaft wird im deutschen und im französischen Recht sehr unterschiedlich beantwortet. Während man in Frankreich zwischen der typischen und der atypischen Form nicht unterscheidet, hat dieser Unterschied im deutschen System entscheidende Bedeutung. Die französische Rechtspraxis geht von der Verletzung der Vorschrift aus, daß die Gesellschaft nur im Innenverhältnis bestehen darf. Die Fehlerhaftigkeit besteht also primär darin, daß die Gesellschaft Dritten gegenüber wie eine offene Handelsgesellschaft aufgetreten ist. Man wendet auf solche stille Gesellschaften das Recht der offenen Handelsgesellschaft an.

Im deutschen Recht wird übereinstimmend die Meinung vertreten, daß die typische stille Gesellschaft im Falle der Fehlerhaftigkeit nicht als faktische Gesellschaft liquidiert werden kann, da eine wesentliche Voraussetzung zur Anwendung von Gesellschaftsrecht fehlt, nämlich das gemeinsame Zusammenwirken auf einen Gesellschaftszweck hin, also eine werteschaffende Arbeitsgemeinschaft. Diese Voraussetzung kann aber in einzelnen Formen der atypischen stillen Gesellschaft erfüllt sein, wenn der stille Partner neben seiner finanziellen Beteiligung in bestimmtem, nicht unerheblichem Umfang an der Geschäftsführung und am Wert des gesamten Unternehmens beteiligt ist. In solchen Fällen existiert eine Risikogemeinschaft zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, die für eine Gesellschaft im engeren Sinn notwendig ist. In der Lehre ist im einzelnen umstritten, wie weit der stille Gesellschafter am Unternehmen beteiligt sein muß, d.h. ob nur die einem Geschäftsbesorgungsvertrag angenäherte stille Gesellschaft oder bereits eine gewisse Beteiligung am gesamten Unternehmenswert und der Geschäftsführungsbefugnis ausreicht, um die faktische Erscheinungsform

der stillen Gesellschaft nach Gesellschaftsrecht zu beenden.

Die Würdigung fehlerhafter stiller Gesellschaften durch die französische Literatur und Rechtsprechung bringt im Vergleich zu den deutschen Lösungsmethoden keine neuen Gedanken. Eine Rechtsharmonisierung kann nach der vorliegenden Situation nur in der Richtung sinnvoll sein, daß im französischen Recht die Auffassung überprüft wird, ob es gerechtfertigt ist, alle fehlerhaften stillen Gesellschaften, die ihren Charakter als stille Gesellschaft verletzen, wie offene Handelsgesellschaften zu behandeln. Die Unterscheidung zwischen typischer und atypischer stiller Gesellschaft mit den entsprechenden Folgen wäre auch nach französischem Rechtsdenken systemgerechter und könnte zur Verwirklichung der Grundidee beitragen, jede fehlerhafte Gesellschaft nach der ihr eigenen Struktur zu behandeln. Bisher wurden nur solche Vereinigungen als faktische stille Gesellschaften behandelt, deren Mangel auf anderen Umständen als dem unbefugten Auftreten als Gesellschaft beruhte.

4. Die Behandlung von Formmängeln

Die meisten Mängel, die in Frankreich zur Annahme einer "société de fait" führen, bestehen in Verletzungen von Formvorschriften. Absolute Nichtigkeit tritt nur dann ein, wenn die Formvorschriften vollständig ignoriert werden. Dies gilt für alle Vereinigungen, die als Gesellschaft gewürdigt sein möchten, aber z.B. keine der zahlreichen, für die verschiedenen Gesellschaften geltenden Publikationsvorschriften beachtet haben, weil hier der "ordre public" verletzt ist. Ausgenommen sind hiervon nur die "sociétés créées de fait". Bei ihnen wird das Gesellschaftsverhältnis aus dem gesellschaftlichen Zusammenwirken abgeleitet (z.B. in der Konkubinatsgesellschaft). In Deutschland geht der Bundesgerichtshof mit einem Teil des Schrifttums von der Frage aus, ob bei einer Formverletzung öffentliche Interessen einer Anerkennung als faktische Gesellschaft entgegenstehen. Nur bei Verneinung dieser Frage soll es zu einer faktischen Gesellschaft kommen können. Nach anderer

Auffassung wird die Anerkennung der an Formmängeln leidenden Gesellschaft aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der §§216 ff AktG abgeleitet, wo die fehlerhafte Gesellschaft in ihrem Bestand und damit die Verkehrsinteressen geschützt werden sollen, indem das fehlerhafte Unternehmen in der Form rechtlich anerkannt wird, unter der es im Verkehr aufgetreten ist. Da bei Formmängeln von Kapitalgesellschaften die gesetzliche Regelung der §§216 ff AktG, bzw. §§75 ff GmbHG eingreift, sind die Rechtsfolgen von Formmängeln nur noch bei Personalgesellschaften streitig.

Soweit der Formmangel der Anerkennung als faktische Gesellschaft nicht entgegensteht, besteht zwischen deutschem und französischem Recht bereits eine Harmonie. Eine Angleichung an die Konstruktion der "société créée de fait" könnte im deutschen Recht auch in Bezug auf diejenigen Gesellschaften eine angemessene Liquidationsweise bringen, denen nicht einmal ein fehlerhafter Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt, die aber aus ihrer Struktur und ihrer Tätigkeit eine bestimmte Gesellschaftsform erkennen lassen.

5. Die Verletzung von Verbotsgesetzen und die Mißachtung der guten Sitten

Gesetzesverletzungen oder die Mißachtung der guten Sitten im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses stellen nach französischer Rechtsprechung eine Verletzung des "ordre public" dar und führen zur absoluten Nichtigkeit. Solche Unternehmen können keinen Anspruch auf Rechtsschutz erheben, Gesellschaftsrecht kann keine Anwendung finden. Die Vereinigungen werden daher zu einfachen Gemeinschaften, die durch Teilung zu beenden sind. Diese Auffassung entspricht den Gedanken der Nullité-dissolution-Theorie; sie wird aber nicht einhellig vertreten. Abgesehen von einzelnen Entscheidungen, welche gesetzwidrige Unternehmen trotz der Verletzung zwingenden Rechts nach

Gesellschaftsrecht liquidierten, kommt die erweiterte Theorie über die "société de fait" zur Wirksamkeit der vertraglichen Innengesellschaft und zur Nichtigkeit der rechtsfähigen Außengesellschaft, da sie von dem Gedanken ausgeht, daß sich der "ordre public" gegen die Annahme einer juristischen Person wende, der Gesellschaftsvertrag dagegen unberührt bleibe. Da dies aber zu einem untragbaren Dualismus in der rechtlichen Würdigung ein und derselben Gesellschaft führt, wird diese Auffassung besonders in Bezug auf sittenwidrige Gesellschaften von der Nullité-dissolution-Theorie abgelehnt.

Daneben prüft die "Cour de cassation" auch die Frage, ob die sittenwidrige Klausel die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht oder ob sich die Nichtigkeit auf die einzelnen Bestimmungen beschränken läßt. Hängt das ganze Vertragsverhältnis von der strittigen Klausel ab, so ist das Unternehmen in seinem Bestand nicht zu retten. Ist die Sitten- oder Gesetzwidrigkeit in Ziel und Zweck der Gesellschaft begründet, so kann sie keinen Rechtsschutz beanspruchen, da sie sich ja gegen die Rechtsordnung wendet.

Diesen Gedanken entsprechend wird die sittenwidrige Gesellschaft auch nach deutschem Recht nicht als schutzwürdig betrachtet. Nach dem Standpunkt der Lehre hat sich auch ein fehlerhaftes Unternehmen, das rechtlich anerkannt werden soll, an den Grundlagen der Rechtsordnung auszurichten. Gesellschaftsrecht kann daher keine Anwendung finden. Die Rechtsprechung stellt hingegen die Frage, ob durch die besondere Fehlerhaftigkeit des Unternehmens gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen verletzt sind. Ist dies nicht der Fall und steht die betreffende Gesellschaft nicht mit Sinn und Zweck des verletzten Gesetzes in Widerspruch, was bei ungewollten oder unbewußten Verstößen eintreten kann, so kann auch die gesetz- oder sittenwidrige Gesellschaft nach

den Grundsätzen einer faktischen Gesellschaft gewürdigt werden.

Im deutschen wie im französischen Recht ergibt sich als Regelfall die absolute Nichtigkeit der sittenwidrigen Gesellschaft. Die Versuche, die auf beiden Seiten gelegentlich zur Milderung der Nichtigkeitswirkungen unternommen werden, sind - soweit sie nicht übereinstimmen - nicht gegenseitig übernahmefähig: Ähnlich dem Verfahren des Kassationshofs untersucht die deutsche Rechtsprechung, ob die strittige Klausel den ganzen Vertrag erfaßt oder nicht. Die Trennung der Innen- und Außengesellschaft unter verschiedenartiger Würdigung ihrer Rechtswirkung, die der Kassationshof vornimmt, muß indessen wegen der unvertretbaren Zweispurigkeit der Behandlungsweise abgelehnt werden. Im übrigen würde die Anwendung dieser Konstruktion bereits an grundlegenden Systemunterschieden scheitern, weil die deutschen Personalgesellschaften im Gegensatz zum französischen Recht keine Rechtspersönlichkeit besitzen. Auf der anderen Seite könnte die französische Rechtspraxis aus der Verfahrensweise des Bundesgerichtshofs Vorteile ziehen, der im Einzelfall eine genaue Prüfung der Frage anstellt, inwieweit die Allgemeinheit oder schutzwürdige Beteiligte ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeit des Gebildes besitzen.

6. Die Behandlung von Willensmängeln

Wird das Gesellschaftsverhältnis auf Grund arglistiger Täuschung, widerrechtlicher Drohung, Wuchers, sittenwidriger Übervorteilung, Geschäftsunfähigkeit oder fehlender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bzw. des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen angefochten, so scheidet der Getäuschte usw. mit ex tunc-Wirkung aus der Gesellschaft aus, während zwischen den übrigen Gesellschaftern eine "société de fait" entsteht. Französische Lehre und Rechtsprechung lösen also den Konflikt

zwischen den vertraglichen Verpflichtungen des Getäuschten und den Verkehrsinteressen, indem sie die Interessen des Getäuschten in jedem Falle vorrangig behandeln und verlangen, ihn so zu stellen, wie er ohne die Beteiligung an der Gesellschaft gestanden hätte. Dabei wird in der Rechtsprechung fingiert, zwischen dem Getäuschten und den übrigen Gesellschaftern habe von vornherein kein Vertragsverhältnis bestanden, der Getäuschte könne daher im Wege der Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft seine Einlage lastenfrei herausverlangen. Die Frage der Gewinnbeteiligung ist umstritten; nach der herrschenden Meinung steht dem Getäuschten Gewinn zu, den er nach Bereicherungsrecht geltend machen kann. Nach Gesellschaftsrecht ist dies nicht möglich, da seine Gesellschaftsbeteiligung nach der getroffenen Fiktion ex tunc erloschen ist.

Die Mehrheit des deutschen Schrifttums und der Rechtsprechung nimmt bei Willensmängeln das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft unter Einschluß des Getäuschten an. Grenzfälle ergeben sich dann, wenn der allgemeine Entschluß, einer Gesellschaft beizutreten, z.B. durch Täuschung bewirkt wurde. Hier wird von einigen Autoren die Ansicht vertreten, daß dem Getäuschten die Gesellschaftserstellung auch in einer faktischen Gesellschaft bis zu deren Beendigung nicht länger zuzumuten sei, weil die Vertrauensgrundlage für jede weitere Zusammenarbeit zerstört worden sei. Erstreckt sich die Täuschung hingegen nur auf einzelne Vertragsbestimmungen, so müsse dies nicht, könne aber die Folge sein. In der Regel könne dem Opfer in solchen Fällen die Beteiligung an einer faktischen Gesellschaft zugemutet werden.

Die überwiegende Rechtsprechung kommt mit einem Teil der Lehre in den meisten Fällen zur Annahme einer faktischen Gesellschaft und will dem Getäuschten bei

zerstörter Vertrauensgrundlage und arglistiger Heranziehung zur Erfüllung von Gesellschafterpflichten durch den betrügerischen Partner die Einrede der Arglist, oder im Falle der Inanspruchnahme durch einen Gläubiger einen Freistellungsanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern zugestehen. Ungerechte Folgen könnten - so wird ausgeführt - auf diese Weise vermieden werden, die faktische Gesellschaft sei nach Gesellschaftsrecht zu beenden.

Von diesen Erscheinungsformen muß im deutschen Recht die Gesellschaft mit einem Minderjährigen unterschieden werden, dem die nötige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fehlt. In solchen Fällen verwirft der Bundesgerichtshof die Annahme einer faktischen Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen und läßt diese nur unter den übrigen Gesellschaftern zu. Diese Auffassung wird auch in der Lehre vertreten. Eine andere Meinung geht von der wirtschaftlichen Bedeutung und der sozialen Funktion der Gesellschaft aus und stellt die Interessen der Allgemeinheit über die vom Gesetz vorrangig geschützten Belange des Minderjährigen. Der Minderjährige hat danach als vollwertiger Gesellschafter in der faktischen Gesellschaft entsprechend seinen vertraglichen Verpflichtungen für die Gesellschaftsschulden einzustehen.

Aus diesen Meinungen ist zu entnehmen, daß in beiden Systemen der Grundsatz des vorrangigen Minderjährigenschutzes vertreten wird. Die Ausgestaltung durch Lehre und Praxis in beiden Ländern kann gegenseitig Anregungen zur Lösung der Einzelfragen bringen. Der grundsätzliche Minderjährigenschutz kann nur dort aufgegeben werden, wo die wirtschaftliche und soziale Bedeutung des einzelnen Unternehmens die Interessen Dritter derart gewichtig erscheinen läßt, daß ein Zurückstehen des Minderjährigen gefordert werden muß. In diesen Fällen haftet der Minderjährige als Gesellschafter nach den vertraglichen

Bestimmungen. Läßt man hingegen im Regelfall keine faktische Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen entstehen, so kann er seine unbelastete Einlage und den Gewinnanteil nur nach Bereicherungsrecht und Deliktsvorschriften herausverlangen, da er keine Gesellschafterstellung besitzt. Eine Rechtsharmonisierung mit französischrechtlichen Gedanken kann hier insofern sinnvoll sein, als man dem Minderjährigen entsprechend der "Optionstheorie" ein Entscheidungsrecht zubilligen könnte: Beruft er sich auf die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags, so kann er nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung geltend machen; will er hingegen Befriedigungsrechte aus der Einlage herleiten, so kann die mangelnde Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur als Grund zur Kündigung aus wichtigem Grund, bzw. zum Ausscheiden für die Zukunft anerkannt werden, wobei die anderen Gesellschafter zur Freistellung von Verbindlichkeiten verpflichtet wären.

7. Die Beendigung der "société de fait" und der faktischen Gesellschaft

Die Frage, nach welchen Rechtsgrundsätzen die "société de fait" bzw. die faktische Gesellschaft aufgelöst und Liquidiert werden sollen, ist mit dem Problem verbunden, wie weit sich die rechtliche Anerkennung des nur faktischen Gebildes erstreckt. Nach der in Frankreich und Deutschland herrschenden Meinung ist die fehlerhafte Gesellschaft auf Grund ihrer Tätigkeit und der werteschaffenden Gemeinschaft sowie ihrer sozialen Funktion und ihres Auftretens im Rechtsleben nach den Normen der entsprechenden fehlerfreien Gesellschaft zu würdigen. Es ist also entweder das Recht der offenen Handelsgesellschaft oder der Aktiengesellschaft usw. anzuwenden. Da der Wille der Gesellschafter weitestgehend nach einhelliger Meinung berücksichtigt werden soll, gelten primär die Bestimmungen des Gesellschafts-

vertrags über die Auflösung und Abwicklung. Fehlen solche Bestimmungen, so ist zur Beendigung der betreffenden Gesellschaft das allgemeine Recht heranzuziehen.

Die Auflösung erfolgt in der fehlerhaften Gesellschaft nach in deutschem und französischem Recht übereinstimmender Auffassung durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil. Für die Auflösung der einzelnen Gesellschaftsarten ergeben sich in Frankreich keine Besonderheiten, da von vornherein alle Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im Klagewege geltend gemacht werden müssen, getreu dem Grundsatz, daß sich niemand selbst Recht schaffen kann.

Im deutschen Recht ist hingegen zu unterscheiden: Die BGB-Gesellschaft wird durch Kündigung nach §723 BGB, Personengesellschaften hingegen werden durch rechtsgestaltendes Auflösungsurteil nach §133 HGB aufgelöst. Ein wichtiger Grund im Sinne des §133 HGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs neben dem Nichtigkeitsgrund nicht erforderlich. Diese Meinung vertritt auch die herrschende Lehre, wenn der Vertragsmangel noch zum Zeitpunkt der Klageerhebung besteht. Für Kapitalgesellschaften gelten die Vorschriften der §§216 ff AktG und §§75 ff GmbHG. Neben dem rechtsgestaltenden Auflösungsurteil ist hier zur Rechtswirksamkeit der Auflösung die Eintragung des Nichtigkeitsvermerks ins Handelsregister erforderlich. Die Grundsätze zur Auflösung von faktischen Gesellschaften gelten auch für rechtsfehlerhafte, also "faktische" Vertragsänderungen.

In der wesentlichen Frage, nämlich daß die Gesellschaft "auf mangelhafter Vertragsgrundlage" durch rechtsgestaltendes Urteil aufgelöst wird, stimmen die beiden Systeme also überein. Es ergeben sich nur geringe, systembedingte Unterschiede, wie z.B. das Erfordernis der Eintragung des Nichtigkeitsvermerks ins Handelsregister bei der Auflösung einer deutschen Kapitalgesellschaft.

Diese Unterschiede ergeben keine unbilligen Ergebnisse, die durch die Übernahme anderer Konstruktionen beseitigt werden müßten. Zur Angleichung an andere Lösungsmethoden besteht daher kein Anlaß.

Eine ähnliche Übereinstimmung ist auf dem Gebiet der Liquidation festzustellen. Nach der in beiden Rechtskreisen herrschenden Ansicht ist der Gesellschaftsvertrag auch für den Fall Ausdruck des Willens der Gesellschafter, daß ein Teil seiner Bestimmungen nichtig ist oder bei der Gründung des Unternehmens Formfehler unterlaufen sind. Die Gesellschaft ist daher in erster Linie nach den Auseinandersetzungsbestimmungen des Gesellschaftsvertrages abzuwickeln. In beiden Rechtssystemen wird ferner die Meinung herrschend vertreten, die fehlerhafte Gesellschaft solle im Falle des Fehlens vertraglicher Bestimmungen nach Gesellschaftsrecht liquidiert werden, d.h. es sei jeweils das Liquidationsrecht der entsprechenden Gesellschaftsart anzuwenden. Da im französischen Handelsrecht ausführliche Abwicklungsvorschriften für die einzelnen Gesellschaften fehlen, wird das Gesellschaftsrecht des Code Civil (Artt.1832 - 1873) angewendet, insbesondere Artt.1853 ff. C.civ.. Im deutschen Recht handelt es sich um die Bestimmungen der §§145 ff HGB, bzw. §§205 ff AktG und §§60 ff GmbHG. Nach einer weiteren, ebenfalls in beiden Systemen vertretenen Ansicht soll die Auseinandersetzung durch eine gerichtlich bestimmte, angemessene Verteilungsart durchgeführt werden. In beiden Systemen haben ferner vertraglich oder gerichtlich zu bestimmende Liquidatoren die Auseinandersetzung durchzuführen.

Während in diesen Grundfragen weitgehend Übereinstimmung herrscht, ergeben sich bei der Abwicklung der Außengesellschaft im einzelnen große Unterschiede zwischen beiden Rechtskreisen. Nach Ansicht des

Kassationshofs und eines Teils der französischen Lehre steht den Gläubigern der Gesellschaft und der Gesellschaft ein "Wahlrecht" über Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Tätigkeit des Unternehmens bis zur Beendigung der Abwicklung zu. Die oben beschriebenen Liquidationsmethoden werden für die Außengesellschaft nur im Falle der Wahl der Wirksamkeit durchgeführt. Entscheidet sich der klagende Gläubiger für die Nichtigkeit, so kann nur eine durch einfache Teilung zu beendende Gemeinschaft entstehen. Gesellschaftsrecht kann keine Anwendung mehr finden. Nach deutscher Betrachtungsweise, der schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Vorzug zu geben ist, können die beteiligten Dritten ihre Rechte nur nach vertraglichem oder gesetzlichem Liquidationsrecht geltend machen. Persönliche Gläubiger sind auf den Liquidationsanteil ihres Schuldners beschränkt. Die Entscheidung eines einzelnen Gläubigers über die gesamten Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft muß sehr oft zu ungerechten Ergebnissen gegenüber vielen anderen Beteiligten führen und kann nie von vornherein vorhergesehen werden. Durch eine Rechtsharmonisierung könnte diese Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Es bedürfte hierzu nur der Durchführung des Grundsatzes, daß die Handlungen einer fehlerhaften Gesellschaft bis zur Beendigung der Abwicklung rechtswirksam sind, und die Gesellschaft entweder nach vertraglichem oder gesetzlichem Liquidationsrecht auseinanderzusetzen ist. In Anbetracht der besonderen Struktur der beiden Systeme in Bezug auf die Liquidationsvorschriften für Handelsgesellschaften erscheint im übrigen eine weitere Rechtsharmonisierung entbehrlich.

Lebenslauf

Am 31. März 1934 wurde ich, Friedrich Eduard Stadler, in München als Sohn des Dolmetschers Josef Stadler und seiner Ehefrau Anna, geb. Kerbl, geboren. Ab 1940 besuchte ich in München die Volksschule, ab 1945 die Oberealschule in Lindau/Bodensee, von 1949-1952 die Kepler-Oberschule in Tübingen/Neckar und von 1952-1953 die Oberrealschule in München-Pasing, wo ich am 14. Juli 1953 die Reifeprüfung ablegte. Vom W.S. 1953/54 an studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaft. Im Jahre 1955 studierte ich in Frankreich an der Philosophischen Fakultät der Universität Aix-Marseille, wo ich das "Diplôme de Hautes Etudes de Langue et Civilisation Françaises Contemporaines" erwarb. Das juristische Studium setzte ich in München fort, wo ich am 22. Juli 1958 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Seit 5. Januar 1959 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Bayern. Im Frühjahr und im Sommer 1959, sowie im Herbst 1960 studierte ich an der Internationalen Fakultät für Rechtsvergleichung der Internationalen Universität für Vergleichende Wissenschaften in Luxemburg, wo ich das "Diplôme Supérieur de Droit Comparé" erwarb. Im S.S. 1960 und im W.S. 1960/61 studierte ich als Gasthörer der Juristischen Fakultät an der Freien Universität Berlin. In der gleichen Zeit war ich Gastreferendar im Bezirk des Kammergerichtspräsidenten von Berlin. Während meines Vorbereitungsdienstes habe ich meine Dissertation über "Die Problematik der faktischen Gesellschaft im französischen und deutschen Recht" ausgearbeitet.

Einleitung

Die vorliegende Arbeit ist eine Untersuchung über die Entwicklung der deutschen Literatur im 19. Jahrhundert. Sie ist in drei Teile gegliedert: I. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, II. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, III. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert. Der erste Teil behandelt die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, der zweite Teil die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, und der dritte Teil die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert. Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert: I. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, II. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, III. Die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert. Der erste Teil behandelt die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, der zweite Teil die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert, und der dritte Teil die deutsche Literatur im 19. Jahrhundert.

